

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIA EDUARDA KORMANN

**INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS
ESTRATÉGICAS EM SETORES REGULADOS**

CURITIBA

2017

MARIA EDUARDA KORMANN

**INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS
ESTRATÉGICAS EM SETORES REGULADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Bacharelado em Direito – Habilitação em Direito das Relações Sociais do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco.

CURITIBA

2017

A todas e todos aqueles que fazem do direito sua paixão, deixando-se levar por suas abstrações e da economia sua âncora no mundo do ser, prezando por um diálogo sensato, equilibrado e duradouro permeado de mentes elevadas e bases sólidas.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho marca o fim de uma jornada que não seria possível sem o apoio e o carinho de pessoas especiais. Já dizia Hannah Arendt que “os buracos de esquecimento não existem. Nada humano é tão perfeito, e simplesmente existem no mundo pessoas demais para que seja possível o esquecimento¹.”.

Assim, buscando não esquecer o apoio recebido nesse trajeto, agradeço a minha família na pessoa de meus pais, Hiara e Eduardo, a quem devo à vida e muitas horas de sono e dedicação.

Agradeço também aos excelentes mestres que guiaram esta jornada universitária, com especial menção ao Professor Doutor Alexandre Ditzel Faraco, não só orientador deste trabalho, mas também autor das primeiras lições de economia política quando do início deste curso.

Não poderia deixar de mencionar também os professores Egon Bockmann Moreira, Edson Isfer e Fabrício Ricardo de Limas Tomio, na medida em que todos foram e são fonte de constantes provocações e, assim, responsáveis por aguçar e renovar a curiosidade e o interesse pela intersecção entre Estado, política, economia e empresa. Em nome destes, saúdo todas e todos os mestres que abrilhantaram este ciclo.

Aos amigos que compartilharam das angústias e alegrias desses cinco anos: muito obrigada, a jornada não seria a mesma sem vocês! Por fim, ao meu amor, João Koltun, companheiro de todas as horas e parceiro dos longos fins de semana dedicados a monografar, todo o meu carinho e o tempo livre que virá.

¹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 254.

Não sou nada.

Nunca serei nada.

Não posso querer ser nada.

À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.

Álvaro de Campos

(Fernando Pessoa)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do contexto em que se desenvolve a intervenção estatal para recuperação de empresas estratégicas em setores regulados, com o fim de verificar as justificativas para esta espécie de intervenção, a conveniência e oportunidade da prática e eventuais limites a serem impostos, à luz dos ditames constitucionais que regem a ordem econômica brasileira, bem como do estabelecimento da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Para tanto, cuida-se de investigar a relação entre Estado e economia, passando pela noção de Estado Regulador, pelas formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico e pelo esclarecimento da noção de intervenção adotada para esta tarefa. Em seguida o estudo recai sobre as agências reguladoras e sua intervenção em prol da recuperação dos entes regulados. Nesse âmbito são analisadas as formas de atuação das agências reguladoras, a noção de empresa estratégica e a função social, o dever de previsibilidade e os fundamentos para recuperação de empresas em setores regulados à luz da (in)suficiência de soluções de mercado. Por fim, tem lugar a análise da intervenção recuperacional em setores regulados da economia brasileira, com destaque para a intervenção promovida pelo Bacen, pela Susep e pela ANS perante instituições financeiras, seguradoras e operadoras de saúde, pela ANEEL perante concessionárias de energia elétrica e a recente discussão envolvendo a ANATEL e empresas do setor de telecomunicações.

Palavras-chave: Direito Econômico. Intervenção do Estado. Empresas Estratégicas. Setores Regulados.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the context in which state intervention for the recovery of strategic companies in regulated sectors is developed, in order to verify the justifications for this type of intervention, the convenience and opportunity of the practice and perhaps limits to be imposed to it. The analysis is made in light of the Brazilian constitutional economic order, considering that the free initiative was established as one of the cornerstones of the Federative Republic of Brazil. In order to accomplish the task, the paper initiates with an investigation of the relation between State and economy, going through the notion of Regulatory State, as well as through the tools and forms the State uses towards the economic activity. Also there is a clarification of the intervention notion adopted. The study then focuses on regulatory agencies and how they make interventions towards the recovery of its regulated entities. In this chapter, the ways of action of regulatory agencies are analyzed, as well as the notion of strategic company. Following, there are brief comments over the social function, the duty of predictability and the grounds for the recovery of companies in regulated sectors bearing in mind the scenario of (in)adequate market solutions. Finally, the analysis relays on the practical side of the recovery intervention in regulated sectors of the Brazilian economy, with emphasis to the intervention promoted by Bacen, Susep and ANS before financial institutions, insurance companies and health care operators, by ANEEL before electric energy concessionaires and the recent discussion involving ANATEL and companies in the telecommunications sector.

Keywords: Economic Law. State Intervention. Strategic Companies. Regulated Sectors.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	ESTADO E ECONOMIA: O ESTADO REGULADOR.....	10
2.1	FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO AO PROCESSO ECONÔMICO.....	18
2.2	A LIVRE INICIATIVA E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	28
2.3	NOÇÃO DE INTERVENÇÃO.....	40
3	AGÊNCIAS REGULADORAS E INTERVENÇÃO RECUPERACIONAL.....	46
3.1	FORMAS DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	54
3.2	NOÇÃO DE EMPRESA ESTRATÉGICA.....	58
3.3	PREVISIBILIDADE, FUNÇÃO SOCIAL E FUNDAMENTOS PARA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EM SETORES REGULADOS À LUZ DA (IN)SUFICIÊNCIA DE SOLUÇÕES DE MERCADO.....	64
4	ANÁLISE DA INTERVENÇÃO RECUPERACIONAL EM SETORES REGULADOS DA ECONOMIA BRASILEIRA.....	71
4.1	INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, COMPANHIAS SEGURADORAS E OPERADORAS DE SAÚDE: INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL PELO BACEN, SUSEP E ANS.....	72
4.2	CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA E A INTERVENÇÃO AUTORIZADA PELA LEI 12.767, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2012.....	80
4.3	SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E A DISCUSSÃO SOBRE POSSÍVEL MEDIDA LEGISLATIVA AUTORIZADORA DE INTERVENÇÃO À LUZ DO CASO OI.....	87
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	94
	REFERÊNCIAS.....	98

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Estado enquanto agente regulador da economia vem sendo debatida desde tempos remotos. Contemporaneamente coloca-se a problemática da intervenção estatal, mormente por meio de suas agências reguladoras, para recuperação de empresas estratégicas em setores regulados.

Tais medidas interventivas por vezes não são previstas com anterioridade no ordenamento jurídico pátrio e relacionam-se com alegada insuficiência de soluções de mercado à luz das peculiaridades da regulamentação destes setores da economia, bem como dos regimes de concessão, permissão e autorização para prestação de serviços públicos. Em razão disso, essas medidas acabam por colocar em xeque valores constitucionais como a livre iniciativa e a livre concorrência.

Diante desse cenário, o presente trabalho tem como objetivo o estudo desse fenômeno, considerando a ordem econômica constitucional vigente no país, o relacionamento entre Estado e economia e os fundamentos para adoção de medidas interventivas em prol da recuperação de empresas consideradas estratégicas à luz de casos concretos e discussões contemporâneas, ou seja, do contexto em que se dá a intervenção estatal para recuperação de empresas estratégicas em setores regulados no Brasil.

Para tanto, inicialmente serão analisadas duas noções chave: Estado e economia. A fim de melhor compreender o relacionamento entre essas ideias, são investigadas as formas de atuação do Estado em relação ao domínio econômico, tendo como foco a ordem jurídica brasileira. Ainda nesta linha, segue-se estudo acerca da ordem econômica estabelecida pela constituição brasileira de 1988, como hoje emendada, e breve apresentação da noção de intervenção adotada no presente trabalho.

Tendo por base essas noções iniciais, no segundo capítulo cuida-se do estudo das agências reguladoras e da maneira pela qual se dá sua atuação em prol da recuperação dos entes regulados. Neste capítulo são exploradas as formas de atuação das agências reguladoras e a noção de empresa estratégica.

Para esta análise são consideradas a ideia de função social, tanto da propriedade, quanto da atividade empresária, a previsibilidade (ou o dever de previsibilidade) relacionado à atuação das agências reguladoras, bem como os fundamentos para a recuperação de empresas consideradas estratégicas que atuem em setores regulados, sopesando a influência da (in) suficiência de soluções de mercado para que seja adotada semelhante estratégia.

Por fim, o capítulo derradeiro trata de analisar a intervenção recuperacional em setores regulados da economia brasileira com base em medidas já adotadas e em debates contemporâneos. Para esta empreitada, num primeiro momento, a análise recai sobre a intervenção e liquidação extrajudicial que podem ser promovidas pelo BACEN, pela SUSEP e pela ANS em instituições financeiras, companhias seguradoras e operadoras de saúde, respectivamente.

Em seguida cuida-se das concessões de serviço público de energia elétrica e da intervenção estatal autorizada pela Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012. Posteriormente versa-se sobre o setor de telecomunicações, desta vez com foco na discussão corrente sobre possível edição de medida legislativa autorizadora de intervenção estatal no Grupo Oi.

Ao final são condensadas as considerações e conclusões obtidas no decorrer deste trabalho, incluídas conjecturas sobre a conveniência e oportunidade da prática interventiva analisada e eventuais limites a serem impostos a sua adoção, tendo em vista a ordem econômica constitucionalmente estabelecida para o país e a necessidade de previsibilidade para o bom desenvolvimento da economia, bem como a viabilidade de adoção de medidas preventivas.

2 ESTADO E ECONOMIA: O ESTADO REGULADOR

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a livre-iniciativa², sendo a ordem econômica e financeira do país também fundada no valor da livre-iniciativa³ e orientada por princípios como a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor. De outra parte, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos da Constituição Federal⁴, ainda que seu campo de atuação econômica seja bastante mais amplo, como será abordado em momento oportuno.

Desde logo, tendo em vista a menção a princípios, pontua-se que “a noção de princípio aqui adotada é aquela que identifica normas mais relevantes, no caso, para o sistema econômico nacional, independentemente de sua estrutura aberta ou fechada de formulação da respectiva hipótese de incidência.⁵”.

Feito este breve esclarecimento, as diretivas inicialmente aduzidas revelam que cumpre ao Estado atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica⁶. Contudo, vem-se presenciando crescente intervenção estatal para recuperação de empresas ditas estratégicas, especialmente em setores regulados da economia nacional.

Afora os mecanismos de intervenção e liquidação extrajudicial estabelecidos para instituições financeiras, companhias seguradoras e operadoras de saúde, ambos já consolidados no ordenamento pátrio, mais recentemente foi editada legislação específica para disciplinar a intervenção em concessionárias do setor elétrico⁷, sendo que

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 1º, IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

³ Ibidem. Art. 170.

⁴ Ibidem. Art. 173.

⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 28.

⁶ BRASIL. Op. cit. Art. 174.

⁷ BRASIL. **Lei Nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012**. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nos 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

contemporaneamente discute-se a edição de medida provisória com semelhante teor para autorizar intervenção em empresa atuante no setor das telecomunicações⁸.

Diante desse cenário, pretende-se averiguar os fundamentos e as justificativas aptos a autorizar a intervenção do Estado em empresas consideradas estratégicas, tendo em mente a necessidade de sopesar a manutenção da livre-iniciativa e da livre-concorrência com valores como a valorização do trabalho humano, a proteção ao consumidor, a manutenção de serviços essenciais e a função social da propriedade.

Pretende-se com isto verificar questões atinentes à (im)previsibilidade das medidas interventivas e seu impacto no mercado correspondente, tendo em mente que os casos mais recentes de medidas legislativas intervencionistas têm relação direta com situações críticas, sendo que estas possivelmente poderiam ter sido evitadas caso existissem mecanismos de controle efetivos relacionados à verificação e manutenção da saúde econômico-financeira das ditas empresas estratégicas.

Para viabilizar essa análise, imprescindível traçar breves linhas sobre a relação entre Estado e economia e a ideia de Estado Regulador. Preliminarmente, registra-se que o presente trabalho de forma alguma pretende esgotar o pensamento e as inúmeras ideias correntes no campo do direito econômico, ou mesmo no campo mais abrangente do direito e economia, sem falar das teorias do Estado, tendo em vista a vastidão e a complexidade do objeto de estudo, sobretudo relacionada à interdisciplinaridade da área e às constantes mutações impostas ora pelo cenário político-econômico, ora pelo direito.

Feitas essas considerações iniciais, ao tratar da relação entre Estado e economia, rememoremos que:

A intersecção entre o Direito e a economia, além de intensa no mundo atual, data desde as primeiras relações humanas regulamentadas juridicamente. Isso já que desde priscas eras o homem teve de basear-se em algum sistema, ainda que implícito, de relacionamento econômico. Mesmo em sociedades primitivas havia a comunidade comum dos bens e da produção, o que demonstra que sempre esteve presente o aspecto econômico na regulamentação das relações sociais.⁹

Quer-se deixar claro, portanto, que a intersecção entre direito e economia é anterior ao próprio “nascimento” do Estado como o conhecemos que é construção posterior a estas

⁸ ROSA, Bruno. **Anatel já elabora plano B para Oi que prevê intervenção na tele**. Jornal O Globo. Rio de Janeiro. 11 out. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/anatel-ja-elabora-plano-para-oi-que-preve-intervencao-na-tele-20269665>>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 27.

priscas eras. Diante disso, cumpre buscar como e quando se deu seu surgimento e o que entendemos por Estado. Nesse cenário, pode-se dizer que “o que caracteriza a sociedade moderna permitindo o aparecimento do Estado moderno é por um lado a divisão do trabalho, por outro a monopolização da tributação e da violência física¹⁰”.

Nesta afirmação são condensados os atributos nucleares das noções de Estado, notadamente a detenção dos monopólios de tributação e da violência. Não esqueçamos, contudo, que em sua essência Estado é apenas uma das formas de organização do homem em sociedade. “Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens.”¹¹

De toda forma, com o advento do Estado de Direito, falar do relacionamento de direito e economia demanda que falemos na inter-relação de Estado e economia.

Mas o que vem a ser Estado? “Uma definição de Estado contemporâneo envolve numerosos problemas, derivados principalmente da dificuldade de analisar exaustivamente as múltiplas relações que se criaram entre o Estado e o complexo social.”¹². Certo é que no decorrer do tempo observamos várias formas de Estado, sendo que suas transformações responderam a diferentes situações e problemáticas sociais. Sinteticamente podemos argumentar que:

(1) o *Estado de direito* respondeu à falta do poder de direito para assegurar a justiça e o direito; (2) o *Estado de direito democrático* procurou solucionar a falta de democracia através da inclusão dos direitos democráticos no estado e na sociedade civil; (3) o *Estado Social* deu resposta à falta de dinheiro aniquiladora de uma dimensão existencial digna por parte de largas camadas da população; (4) o *Estado da ciência e do saber* terá de enfrentar a iliteracia científica, informática e comunicativa para dar solução à violência da ignorância.¹³

Antes de nos determos, ainda que de maneira bastante breve, sobre o desenvolvimento dos principais modelos de Estado do ponto de vista econômico (genericamente o liberal, o social e o regulador), é preciso considerar que diante da abordagem jurídico-constitucional adotada no presente trabalho, a inter-relação Estado e

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 14.

¹¹ Ibidem. p. 19.

¹² BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2ª ed. 1985. p. 401.

¹³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O direito constitucional passa, o direito administrativo passa também. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Studia Iuridica, 61, “Ad Honorem” 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 711.

economia deve ser vislumbrada à luz do sistema econômico adotado pela República Federativa do Brasil.

Anota-se que “os sistemas econômicos são modelos amplos, que podem apresentar, por isso mesmo, uma série de variações nas formas concretas adotadas em sua implementação prática.”¹⁴, sendo que a grande maioria das nações contemporâneas, incluído neste grupo o Brasil, optou pelo sistema capitalista.

Considera-se capitalista o sistema econômico no qual as relações de produção estão assentadas na *propriedade privada* dos bens em geral, especialmente dos de produção, na *liberdade ampla*, principalmente de iniciativa e de concorrência e, conseqüentemente, na livre contratação de mão de obra.¹⁵

No caso brasileiro podemos citar o art. 1º, IV da constituição, que aponta como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa¹⁶, enquanto o direito à propriedade é consagrado pelo seu art. 5º¹⁷, *caput* e incisos XXII e XXIII (este último cuida de condicionar o direito à propriedade ao atendimento de sua função social), sendo o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão assegurado pelo inciso XIII do mesmo artigo e ainda pelos artigos 6º a 8º do diploma constitucional que cuidam de qualificar o trabalho como direito social, disciplinar os direitos dos trabalhadores e ainda assegurar a livre associação profissional¹⁸.

Já a livre-iniciativa é apontada como fundamento da ordem econômica no art. 170 que cuida também de enunciar como princípios desta ordem, a propriedade privada, sua função social e a livre concorrência¹⁹, além de explicitar em seu parágrafo único que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”²⁰. À parte isso, o art. 173 aponta os casos em que se admite a exploração direta de atividade econômica pelo Estado²¹.

No plano geral, temos que as características supramencionadas da propriedade privada dos bens de produção, da liberdade de iniciativa e de concorrência e da livre contratação de mão de obra permitem identificar o modelo capitalista, o qual será conformado

¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 34.

¹⁵ Ibidem. p. 34.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 1º, IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

¹⁷ Ibidem. Art. 5º.

¹⁸ Ibidem. Art. 6º a 8º.

¹⁹ Ibidem. Art. 170.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem. Art. 173.

à realidade própria de cada ordem jurídico-econômica-social, com maior ou menor atuação e intervenção estatal, desde que assegurados pelo regime jurídico vigente a liberdade (liberalismo econômico) e a propriedade dos bens de produção²². O que deve ficar claro é que não existe o sistema em sua forma pura, sem que haja qualquer participação do Estado na economia.

Por isso mesmo, se diz que “não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos ditos serviços públicos²³”. Nessa seara podemos destacar o papel do Estado ao desenvolver atividades como o serviço de transporte público de cargas e o sistema de transporte ferroviário e marítimo²⁴, áreas em que “a se porfiar no otimista <<laissez faire>>, ter-se-ia na prática um <<laissez ne pas faire>>²⁵”.

Também nos momentos de crise econômica, como foi a crise de 1929, fica claro que incumbe “a alguém reimpulsionar a máquina econômica paralisada, e este alguém só poderia ser o Estado.²⁶” Nesse contexto é que começa a se delinear a ideia de que:

O funcionamento harmonioso de um determinado sistema econômico requer um certo mínimo de regras de direito que assegurem a apropriação e o uso dos factores de produção, dos produtos e dos serviços. Assim, o direito enquadra, rege ou normaliza a economia. Inversamente, os dados econômicos têm repercussões, procuradas ou não, no sistema jurídico.²⁷

Quando da idealização do Estado Liberal pregava-se que a economia era regida por forças naturais, de modo que o mercado seria uma entidade auto regulável, sendo imputado ao Estado somente o dever de garantia da liberdade, daí porque a ausência de dispositivos atinentes à ordem econômica nos diplomas legais então vigentes. A ideia que reinava era de que:

Entregues à *livre* oscilação do mercado, os preços dos produtos, serviços e dos meios de produção são determinados pela proporção entre a oferta e a respectiva procura dos mesmos, sem mecanismos ou normas estranhas ao mercado

²² TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 36

²³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 23.

²⁴ Ibidem. p. 24.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**. Revista dos Tribunais, nº 353, São Paulo: RT, março de 1965, p. 14-26. p. 16.

²⁶ Ibidem. p. 16.

²⁷ VAZ, Manuel Afonso. **Direito económico: a ordem económica portuguesa**. 4ª ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 15.

propriamente dito, cumprindo ao Estado apenas garantir as condições para que esse sistema desenvolva-se *livremente*.²⁸

Posteriormente, com o colapso do modelo liberal, diante da necessidade de intervenção estatal notada, sobretudo, durante a primeira guerra mundial e subsequente crise de 1929, bem como com a teorização de Keynes, abandona-se essa ideia, passando-se à compreensão de que o Estado seria essencial para o desenvolvimento da economia, considerada a sua intervenção como “única fórmula capaz de manter o bom funcionamento e o equilíbrio necessários ao sistema econômico²⁹”. Com isso, ganhou força a construção do Estado Social, o qual cresce em termos de assunção de atividades econômicas, na medida em que incorpora o dever de prestar serviços e assistência, no mais das vezes diretamente, à população.

Antes de analisar o Estado Social, breves notas adicionais sobre o modelo liberal. Algumas das falhas da concepção liberal da economia apontadas por Nusdeo³⁰ são (i) ausência de mobilidade dos fatores; (ii) acesso falho às informações relevantes; (iii) concentração econômica; (iv) existência de externalidades positivas e negativas e a impossibilidade de sua internalização pelo ente que a produz; e (v) falta de incentivo à produção de bens coletivos.

Ademais, “no Estado liberal interventor não há preocupações sociais, mas sim de ordem técnica, com o próprio liberalismo. O Estado passa a intervir para garantir o liberalismo.”³¹ Em outras palavras, a intervenção estatal então praticada não estava relacionada à promoção do bem estar social e à atuação do Estado enquanto garantidor social e prestador de políticas públicas essenciais ao bem-estar da sociedade.

Nesta ótica, “as restrições às liberdades individuais eram concebidas como invasões de um território protegido e sagrado, manifestando-se o Estado Liberal burguês, ao menos em termos ideais e teóricos, como um Estado essencialmente mínimo”.³²

Em contrapartida, o Estado Social se propunha a assegurar por meios próprios o desenvolvimento socioeconômico, buscando a promoção da justiça social e a garantia de direitos econômicos e sociais a toda a população, ganhando corpo as teorizações acerca do

²⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 35.

²⁹ Ibidem. p. 36.

³⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 139-165.

³¹ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 52.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 49.

serviço público, do regime de direito público e da garantia do mínimo existencial, na medida em que eram estatizadas a prestação de serviços e se ampliava a atuação direta do Estado no domínio econômico. Assim, “nasceu, de fato, em fins do século XIX, o Estado interventivo, cada vez mais envolvido no financiamento e administração de programas de seguro social³³”. Nesse contexto:

O Estado passou a assumir responsabilidades sociais crescentes, como a previdência, a habitação e a assistência social, incluindo saúde, saneamento e educação, ampliando seu leque de atuação como prestador de serviços essenciais. Também se aprimorou o papel do Estado como empreendedor substituto, o que ocorre em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento, como no energético, mineral e siderúrgico, ou mesmo, mais recentemente, em países desenvolvidos, nos setores de informática e tecnológico.³⁴

Apesar disso, o crescimento exacerbado das funções estatais não foi acompanhado de igual incremento de receitas, levando à crise deste modelo. Em verdade,

O Estado Social começou a entrar em crise ao final do século XX, ao ver suas funções demasiadamente ampliadas e sua dificuldade de gerenciar todos os setores econômicos que abarcava. A exemplo do Antigo Estado Social, também o Estado Providência se viu questionado pela população descontente com a tutela que lhe parecia ser devida, agora ineficiente. Além disso, o elevado número de empresas sob o controle do Estado, juntamente com essa dilatação de sua esfera de ação, desagradava profundamente os grandes conglomerados capitalistas, ávidos por uma maior liberdade de atuação, tanto no interior de seu Estado, quanto nos demais países, nas fases do capitalismo denominadas de capitalismo financeiro e capitalismo monopolista.³⁵

Diante desse cenário em que “as despesas públicas não conseguem prover, devido à diferença crescente entre as saídas necessárias e as entradas insuficientes, à distribuição de recursos que satisfaçam as aspirações de uma área cada vez mais vasta de indivíduos”³⁶, o modelo de Estado Social, positivo ou intervencionista vai então paulatinamente sendo substituído pelo Estado Regulador. “A mudança comporta uma dimensão funcional traduzida

³³ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2ª ed. 1985. p. 403.

³⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 57.

³⁵ VALENTE, Adriano Chaves. Estado e Direito: Anotações sobre Liberdade e Tutela. In: **O Novo Direito Administrativo Brasileiro**: O Estado, As Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2003. p. 96.

³⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 405.

no facto de o Estado deixar de ser produtor de bens e serviços para se transformar em regulador do processo de mercado.”³⁷ Permanece, contudo, a ideia de que:

a intervenção do Estado na vida econômica é um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de segurança: a intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista³⁸

O que se opera é uma diminuição da atividade estatal direta sobre o domínio econômico, em busca de maior eficiência, visando o combate da crise financeira estatal, bem como da ineficiência da prestação dos ditos serviços públicos à comunidade. Isso se dá com a transferência de atividades para a iniciativa privada e a manutenção das funções de controle e fiscalização pelo Estado. Nesse contexto se inserem os fenômenos de desregulamentação, privatização e liberalização, aliados ao advento de um Estado normativo e regulador do meio econômico.

É na busca pela efetividade e eficiência da regulação das atividades econômicas que ganha espaço a descentralização administrativa, surgindo novas entidades a compor a Administração Indireta, dentre as quais as chamadas “agências reguladoras”, as quais serão objeto de estudo em momento oportuno.

De toda forma, nesse panorama, como adverte Canotilho, “o Estado constitucional soberano deve ser menos soberano e mais sabedor, menos centro de poder e mais regulador, menos autoritário e mais supervisor, menos herói e mais inteligente. [sendo que] Falar assim é fácil, difícil é saber como.”³⁹.

A dificuldade desta tarefa pode ser atribuída em muito à complexidade da sociedade contemporânea, que por ser extremamente plural e desenvolver-se em ambiente democrático fez positivar nos textos constitucionais os mais diversos interesses fazendo com que convivamos com um cenário em que “a liberalização da economia e a regulação do mercado

³⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O direito constitucional passa, o direito administrativo passa também. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Studia Iuridica, 61, “Ad Honorem” 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 718.

³⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 32.

³⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Op. cit. p. 713.

ultrapassam as competências e as capacidades de decisões do Estado e colocam novos desafios à capacidade de prestação das normas vinculativas do Estado".⁴⁰

De toda forma, é preciso nunca esquecer que “o Estado depende dos indivíduos para cumprir seu papel. E só existe para assegurar direitos fundamentais que são titularizados pelos cidadãos.”⁴¹. Se é fato que “a relação entre o Estado e a economia é das mais complexas, tendo em vista as implicações com temas como a liberdade individual e, mais genericamente, com o modelo de constituição adotado.”⁴², cabe a nós buscar compreender as variáveis envolvidas, a iniciar pelas formas de atuação do Estado em relação ao domínio econômico.

2.1 FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO AO PROCESSO ECONÔMICO

Seja qual for o modelo de Estado adotado, a verdade é que “todo e qualquer Estado é e terá sido interventor na economia.”⁴³. Diante deste fato, cumpre verificar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, as formas de atuação deste Estado que se pretende democrático e de direito⁴⁴ em relação ao processo econômico.

Inicialmente anota-se que a:

Economia é fruto de decisões sociais tomadas por homens que têm poder. Sejam empresários tomando decisões de investir ou não, de comprar ou vender, seja o Estado em adotar e tentar fazer cumprir certas metas e objetivos econômicos. Essas tomadas de decisões são sempre conflituosas. Sempre se defrontam com interesses diversos ou mesmo contraditórios.⁴⁵

Além desta conflitualidade, há que se ter em mente a complexidade das relações entre Estado, política e economia, que pode ser atribuída à “diversificação do aparelho

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado Garantidor Claros - Escuros de um Conceito. in: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord). **O direito e o futuro: o futuro do direito**. Coimbra: Almedina. p. 575

⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSATIS, Guilherme Jardim (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores. p. 409.

⁴² TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 45.

⁴³ Ibidem. p. 45.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴⁵ CANO, Wilson. **A desindustrialização no Brasil**. Textos para discussão IE/UNICAMP, n. 200, jan./2012. p. 19

produtivo em três setores (monopólio, concorrencial e estatal)⁴⁶, bem como à segmentação do mercado de trabalho e à multiplicação das aspirações, necessidades e comportamentos da força-trabalho.

Atualmente vem se consolidando a tendência de minimização dos monopólios, sejam eles privados ou estatais, em prol do regime concorrencial, mas mantém-se de toda forma a complexidade inerente à multiplicidade de setores produtivos e de aspirações dos agentes econômicos e da força de trabalho, com o agravamento gerado pelos avanços tecnológicos e pelas tecnologias disruptivas, os quais viabilizam novas formas de organização da economia, ampliando ainda mais a mencionada complexidade.

Nesse sentido coloca-se o desenvolvimento da noção de serviço econômico de interesse geral no âmbito europeu. Positivado nos artigos 16º e 86º do Tratado da Comunidade Europeia⁴⁷, o conceito refere as atividades de serviço comercial vocacionadas ao interesse geral e sujeitas a obrigações de serviço público (aí inseridos os serviços de transportes, energia, telecomunicações e postais). As empresas responsáveis pelos serviços de interesse econômico geral sujeitam-se às regras do mercado livre e da concorrência, na medida em que tais regras não inviabilizem a concretização de sua missão de interesse geral⁴⁸.

Ao analisar o desenvolvimento desta ideia, Vital Moreira propõe teorização sobre o novo paradigma econômico e político que vivemos. Para ele no plano econômico verifica-se:

- a) A liberalização dos antigos exclusivos públicos (abertura ao mercado, fim dos monopólios públicos);

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2ª ed. 1985. p. 405.

⁴⁷ Artigo 16. Sem prejuízo do disposto nos artigos 73.o, 86.o e 87.o, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelam por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões. (...) Artigo 86.o 1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomam nem mantêm qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12.o e 81.o a 89.o, inclusive. 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade. 3. A Comissão vela pela aplicação do disposto no presente artigo e dirige aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas. **UNIÃO EUROPEIA. Tratado que institui a Comunidade Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1507079249263&uri=CELEX:12006E/TXT>>. Acesso em 03 out. 2017.

⁴⁸ EUR-LEX. **Serviços de interesse económico geral**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/services_general_economic_interest.html?locale=pt>. Acesso em 02 out. 2017.

- b) A privatização do sector público (transferência de empresas para o sector privado), tornando a economia uma questão essencialmente privada;
- c) A concorrência como princípio universal, mesmo entre empresas públicas, obrigado à transparência da gestão empresarial, nomeadamente quanto às ajudas de Estado.⁴⁹

Já com relação ao Estado, aponta para:

- a) A desintervenção do Estado, com redução considerável da sua função como proprietário e empresário, deixando à economia privada a satisfação das necessidades individuais e colectivas;
- b) A concentração do papel do Estado na sua função reguladora (Estado regulador), na sua tripla função de legislador, de fiscalizador e de entidade sancionadora das infrações às regras.⁵⁰

Os apontamentos, ainda que elaborados à luz de referencial europeu, estão em linha com o sumariado anteriormente e valem também para a realidade brasileira: aqui notamos a diminuição dos monopólios públicos, a privatização, a valorização da concorrência e de mecanismos pró-transparência, fatores que levam à redução do Estado empresário e ao fortalecimento de sua função reguladora. Apenas exemplificativamente, citemos como ilustração atual deste processo que vem se desenrolando há décadas de modo concomitante com a consolidação do regime democrático nacional, o Programa Nacional de Desestatização (instituído pela MP nº 155/1990, transformada na Lei nº 8.031/1990 quando do governo Collor, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97⁵¹, já no governo FHC quando o

⁴⁹ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da união europeia. In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Vol. 01. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. p. 227 – 248. p. 238 - 239.

⁵⁰ Ibidem. p. 239.

⁵¹ Veja-se como exemplo os objetivos do referido programa de desestatização: Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integram o Programa. BRASIL. **Lei nº 9.491 de 09 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

programa foi retomado com maior intensidade) e o recente pacote de privatizações anunciado pelo governo Temer.⁵²

Essas constatações remetem à dialeticidade da relação entre Estado e economia, sendo de extrema importância registrar que:

A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de direcionar as atividades econômicas; e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico.⁵³

Daí porque relevante investigar as formas de atuação do Estado em relação ao meio econômico com base em uma ordem econômica concreta em determinado momento histórico, o que se fará de maneira mais aprofundada ao tratar-se da ordem econômica na constituição brasileira de 1988. Por ora, importa anotar a advertência formulada por Tavares no sentido de que apesar de tradicionalmente questionarmos “‘quanto’ Estado há na economia privada, a verdade é que se faz igualmente necessário inverter a fórmula para calcular, avaliar e tomar consciência da equação inversa: quanto de privado há na política econômica do Estado?”⁵⁴

Nesta linha de reflexão, há quem afirme que “a intervenção do Estado na economia não chega a exprimir qualquer princípio de autoridade; pelo contrário, são os diversos capitais que se apoderam do aparelho burocrático administrativo e tornam impossível qualquer forma de planificação política.”⁵⁵. A assertiva em questão certamente descreve o problema da captura, mas mostra-se extremada, posto que as influências e externalidades na conjuntura político-econômico-social não podem ser tão simploriamente reduzidas, sobretudo, quando há um sistema constitucional democrático em vigência. Isto porque:

- (i) A sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias;
- (ii) Essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do Direito Positivo, Direito posto pelo Estado;

⁵² RITTNER, Daniel; BITENCOURT, Rafael. **Pacote de privatização cresce e inclui até Casa da Moeda**. Valor Econômico. São Paulo. 24/08/2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5092658/pacote-de-privatizacao-cresce-e-inclui-ate-casa-da-moeda>>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 21.

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. Facções privadas e política econômica não democrática da ditadura brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1047-1066, maio/ago.2015. p. 1048.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2ª ed. 1985. p. 406.

(iii) Este Direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.⁵⁶

Sobre o papel do direito para construção, evolução e manutenção do sistema capitalista, veja-se que no decorrer do desenvolvimento dos modelos de Estado constatamos que:

um Estado que antes contribuiu, durante todo o século XVIII, para a criação da forma-mercado, não só das mercadorias, mas também do trabalho, do dinheiro e da terra (K.Polany), e depois se limitou a garantir formalmente, desde fora, a estrutura da livre-troca, sucede agora um Estado que intervém ativamente dentro do processo de valorização capitalista.⁵⁷

Assim, devemos ter em mente que o direito e a economia de um país desenvolvem-se conjuntamente por meio das decisões dos agentes privados e do Estado. “Essas decisões são adotadas conscientemente, ainda que os resultados econômicos produzidos possam eventualmente não ser os esperados. As decisões sobre economia não são apenas técnicas, mas também políticas.”⁵⁸ Justamente por caracterizarem-se como decisões políticas, visam a determinados fins e acabam por favorecer certos setores ou agentes da economia em detrimento de outros, no mais das vezes de modo deliberado.

Apesar desta consideração, as decisões políticas tomadas pelo Estado devem visar, ao menos idealmente, os objetivos constitucionalmente traçados, os quais no caso brasileiro estão positivados no art. 3º da constituição, identificando-se com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; com a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, aliada à redução das desigualdades sociais e regionais; e ainda com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁵⁹.

Relativamente ao desenvolvimento nacional, usualmente compreendido como desenvolvimento econômico, registre-se que “o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 29.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2ª ed. 1985. p. 402

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. Facções privadas e política econômica não democrática da ditadura brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1047-1066, maio/ago.2015. p. 1059.

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

relacionado sobretudo com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”⁶⁰. Em suma,

Os rumos econômicos centrais traçados pelo governo devem servir aos interesses dos cidadãos, devendo equilibrar o poder econômico e não por este serem cooptados, pois as decisões sobre política econômica, por mais técnicas que possam parecer, possuem um caráter nitidamente político, de opção de Estado. Muitas destas opções, contudo, já foram realizadas pela sociedade e encontram-se prescritas constitucionalmente.⁶¹

Dentre estas previsões constitucionais merece destaque o art. 174⁶², na medida em que descreve como deve atuar o Estado em relação às atividades econômicas, imputando-lhe o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, bem como as atribuições de fiscalização, incentivo e planejamento da economia, o que pode ocorrer por meio de linhas de financiamento, elevação ou redução de tributos, por exemplo. “Ao Estado, portanto, na seara econômica, é permitido atuar como agente normativo e regulador e, por meio dessas posições, exercer a tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora”⁶³.

Considerado o papel normativo e regulador do Estado perante a economia, temos que:

a norma jurídica assume-se como um fator dinâmico de direção da economia, enquanto procura influir, condicionando ou consolidando, o comportamento dos agentes econômicos, determinando, assim, em boa medida, a evolução do processo produtivo.⁶⁴

Por meio da edição de atos normativos, “o direito fornece quadros mentais de enquadramento da realidade econômica e assegura, através dos seus institutos e mecanismos, a salvaguarda de posições adquiridas ou a adquirir.”⁶⁵. O modo como se dá esta atuação,

⁶⁰ SEN, Amarthya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 29.

⁶¹ TAVARES, André Ramos. Facções privadas e política econômica não democrática da ditadura brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1047-1066, maio/ago.2015. p. 1063.

⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 174. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁶³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 300.

⁶⁴ VAZ, Manuel Afonso. **Direito económico: a ordem económica portuguesa**. 4ª ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 82.

⁶⁵ Ibidem. p. 83.

contudo, adapta-se aos objetivos de momento e às decisões políticas tanto estruturais quanto conjunturais, modificando-se ao longo do tempo, num movimento pendular⁶⁶.

A respeito destas modificações, verifica-se que no Estado Liberal a preferência era pela lei geral e abstrata diante de “uma situação de mercado onde os sujeitos realizavam a permuta livremente, em condições paritárias. A diversificação do capital em setores monopólicos e em setores ainda concorrenciais reclama, ao contrário, intervenção legislativa *ad hoc*.”⁶⁷

Esta mudança implicou “o esvaziamento da função legislativa e reorganização do comando político, que começou a desviar-se para outros centros do aparelho estatal.⁶⁸”. Já no contexto da República de Weimar viu-se o aumento das intervenções presidenciais por meio da edição de decretos e maior recurso ao poder de revisão judiciária, em que princípios gerais extrajurídicos fundamentaram interpretações diversas ao texto da lei geral e abstrata.⁶⁹

No Brasil, apesar do lapso temporal, não foi diferente, multiplicando-se as leis *ad hoc*, as normas setoriais sem aval do poder legislativo, havendo ainda o recurso presidencial da medida provisória (como disposto no art. 62 da constituição⁷⁰), ou seja, acabou-se por delegar “ao Poder Executivo, em determinadas circunstâncias e sob certas condições estritas, a capacidade de edição de normas gerais, de forma que o Estado possa responder, mais prontamente, às conjunturas econômicas desfavoráveis”⁷¹, sem deixar de mencionar, é claro, o recurso constante ao judiciário.

Isso porque o Estado, em sua novel pretensão de reger e disciplinar a economia (por *direção e indução*), não pode se dar ao luxo, em *matéria de direito econômico*, de aguardar o moroso trâmite do processo legislativo. As crises e demandas econômicas exigem, em diversas situações, respostas rápidas, sob o risco de se produzirem nefastas consequências econômicas e sociais.⁷²

⁶⁶ TÁCITO, Caio. **O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada – o exemplo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez. 1995. pp. 1-10.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2ª ed. 1985. p. 402.

⁶⁸ Ibidem. p. 402.

⁶⁹ Ibidem. p. 402.

⁷⁰ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 62. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁷¹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 303.

⁷² Ibidem.

Nesse contexto, a função fiscalizadora a ser exercida pelo Estado deve ser compreendida como a “atividade estatal pela qual se realiza o controle da juridicidade do exercício econômico pelos particulares.”⁷³ O exercício desta função, contudo, “pressupõe a atuação prévia do Estado enquanto agente normativo, estabelecendo, por essa via, os parâmetros de atuação do particular para, em seguida, fiscalizar sua observância.”⁷⁴

Já a função incentivadora deve ser exercida por meio da concessão de incentivos aos agentes econômicos privados, termo que “designa quaisquer formas de fomento, estímulo, ajuda, amparo.”⁷⁵ Nesse contexto:

Fala-se em incentivo para denominar o implemento de determinada atividade econômica pelo Estado. Esta continua sendo exercida pela iniciativa privada, mas benefícios ou vantagens concedidos pelo Estado incidem na autonomia dos particulares, guiando-a ao interesse público. Por isso, o incentivo não pode redundar em impedimento para outras atividades ou para determinado grupo de agentes econômicos. O benefício de uns não pode provocar a derrocada de outros.⁷⁶

De outra parte, a terceira função, qual seja, a planejadora pode ser compreendida como uma forma de racionalização da intervenção estatal na economia. Assim pode-se afirmar que “o *planejamento* apenas qualifica a intervenção do Estado *sobre e no* domínio econômico, na medida em que esta, quando consequente ao prévio exercício dele, resulta mais racional”⁷⁷.

O planejamento permite, ademais, que o Estado trace metas para a arrecadação e para os gastos públicos, favorecendo a transparência e propiciando mecanismos de exercício de controle e cobrança pelos cidadãos. Como instrumentos de planejamento, podemos destacar os planos plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias e os orçamentos, além das metas fiscais e demais mecanismos previstos pela lei de responsabilidade fiscal (LC nº 101/2000).

Outrossim, importa notar que de acordo com o art. 174 da constituição, o planejamento será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. No âmbito estatal, portanto, “a obrigatoriedade do planejamento é medida de caráter racionalizador, que deve pautar toda atuação administrativa, incluindo aquela de cunho

⁷³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 304.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem. p. 308.

⁷⁶ Ibidem. p. 308.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 144.

material, em que o Estado atua efetivamente na economia como prestador de serviços.”⁷⁸. De outra parte, “as colaborações da iniciativa particular aos planos governamentais serão voluntárias, em decorrência do princípio da livre-iniciativa.”⁷⁹.

Disto se pode concluir que:

O planejamento vincula o Estado e seus órgãos. Em última análise, isso significa que o particular pode utilizar o plano como uma declaração oficial e certa sobre os rumos da política econômica do Estado, naquilo que evidentemente dependa apenas da vontade do Estado. Se este dela se desvia ou a altera sem implementar ou alcançar os objetivos fixados, e se desta nova postura ao particular são carregados prejuízos, é impositiva a *responsabilização* do Estado pelos eventuais danos assim produzidos.⁸⁰

Para bem realizar a função planejadora, portanto, as ações decorrentes da concretização da função incentivadora devem estar alinhadas às metas e objetivos constantes dos instrumentos de planejamento, mas mais importante do que isso, é a observação de que “quando o Estado passou a ser o gestor da ordem econômica, assumiu esse encargo, de maneira que o surgimento de uma crise seria considerado sua falta, tornando-o responsável pelas consequências danosas.”⁸¹. Nesse panorama:

O Estado tornou-se fiador de determinados sistemas (como o bancário) e, por consequência, a livre-iniciativa e a concorrência deixa de ser aplicada em sua totalidade, já que nenhum dos agentes econômicos, por pior que seja sua atuação, responderá por seus prejuízos. Ora, é regra decorrente da livre iniciativa que o agente deverá responder por sua atuação (seja para receber os lucros, seja para arcar com os prejuízos).⁸²

No decorrer deste trabalho, se pretende analisar os fundamentos aptos a justificar este salvamento de empresas promovido por meio de intervenção estatal, mas antes devemos anotar que além das formas de atuação já mencionadas, há ainda a atuação direta do Estado na economia, o que pode ocorrer pela absorção integral de um setor econômico ou em regime de participação, ou seja, em regime concorrencial. Nesse cenário, o Estado atua enquanto agente (sujeito) econômico, sendo que caracteriza-se a atuação por absorção quando esta atuação se dá em regime de monopólio e a participação quando a atuação ocorre em regime de

⁷⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 311.

⁷⁹ Ibidem. p. 313.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem. p. 318.

⁸² Ibidem.

competição com empresas privadas, por meio de empresas públicas, sociedades de economia mista ou ainda por meio de sociedade ou parceria com agentes privados.

A fim de sistematizar as possibilidades de atuação do Estado no e sobre o domínio econômico para que este alcance os objetivos constitucionalmente traçados, Tavares leciona que:

Ao se referir à intervenção direta, a Constituição trata-a como exploração da atividade econômica pelo Estado e, ao se referir à intervenção indireta, toma o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, tendo em vista a manutenção de seus fundamentos, a realização de seus objetivos, o respeito e execução de seus demais princípios, especialmente, o pleno desenvolvimento nacional tendente a eliminar o desemprego.⁸³

Quanto à atuação do Estado enquanto regulador da atividade econômica, esta pode ocorrer por direção quando o Estado utiliza-se de mecanismos e normas que impõem comportamento compulsório aos particulares, ou por indução através da manipulação de instrumentos interventivos em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

Certo é que “a regulação constitui um tipo de intervenção na economia, ao lado da estabilização macroeconômica e da redistribuição de rendimentos.”⁸⁴, podendo levar a diversos problemas como: (1) problemas de assimetria informativa; (2) problemas de harmonização de concorrência com o fim dos serviços públicos; (3) problemas de articulação entre o poder regulador e a distribuição de competências; (4) problemas de controle; e (5) problemas de justiça e equidade⁸⁵.

Com base nisso passaremos à análise da ordem econômica positivada na constituição brasileira de 1988, conforme texto hoje vigente. Antes, apenas a título de sistematização, são compiladas as principais constatações deste tópico quanto às formas de atuação do Estado em relação ao domínio econômico. De maneira bastante breve, temos que o Estado pode agir diretamente no domínio econômico em regime monopolístico ou concorrencial, atuação esta que não deixa de ser uma intervenção, na medida em que impacta a atuação dos agentes privados, impondo barreiras ou vedações de entrada ao exercício de determinadas atividades econômicas, seja em decorrência de imperativo de segurança nacional, de relevante interesse

⁸³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 275.

⁸⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O direito constitucional passa, o direito administrativo passa também. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Studia Iuridica, 61, “Ad Honorem” 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 718

⁸⁵ Ibidem. p. 718-719.

coletivo ou mesmo da prestação dos ditos serviços públicos, na medida em que estes não deixam de caracterizar-se como atividades econômicas em sentido amplo⁸⁶.

O Estado deve, ademais, intervir na economia como agente normativo e regulador, atuando como fiscalizador, incentivador e planejador da atividade econômica. Pode exercer estas funções de forma direta ou indireta, por meio de medidas compulsórias ou indutivas, coordenando e disciplinando a atividade econômica dos agentes privados. Assim, para atingir seus fins, atua primeiramente como agente normativo e fomentador da atividade dos agentes privados e faz uso de mecanismos de planejamento, do poder ordenador (fiscalização), além da função judicante para a organização e controle da atividade econômica e da observância de que esta atenda aos objetivos constitucionalmente previstos.

2.2 A LIVRE INICIATIVA E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Passemos então à análise da ordem econômica positivada na constituição brasileira de 1988, como hoje emendada. Pertinente lembrar que “a Constituição que hoje temos, felizmente, não é a ‘constituição de 1988’ ou a ‘CF/88’, mas sim a Constituição do Brasil – um belíssimo diploma que, para se manter vivo, necessita de permanente compreensão reflexiva”⁸⁷, contudo, a referência ao ano de sua promulgação é necessária tão somente para melhor identificação do diploma, visto que Constituição do Brasil não deixa de ser nomenclatura válida para todos os diplomas constitucionais que já regeram o país.

Para esta análise, inicialmente anotemos que a locução ordem econômica “é incorporada à linguagem dos juristas (...) a partir da primeira metade deste século. Sob esse uso, de expressão nova, repousa, indiscutida – e como se fora indiscutível – a afirmação de que a ordem econômica (mundo do ser) do capitalismo foi rompida.”⁸⁸ Em outras palavras, enquanto no modelo liberal de Estado vigia uma ordem econômica dita natural, posto que regida, em tese, pela ausência de intervenções, salvo para preservação da liberdade de seus agentes, as mudanças na concepção do papel do Estado fizeram com que fossem positivadas, mormente nas cartas constitucionais, novas diretrizes a fim de moldar, através do jurídico,

⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 97.

⁸⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os 29 anos da Constituição que não é a de 1988**. Gazeta do Povo. Curitiba. 10 out. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bock...constituicao-que-nao-e-a-de-1988-dg3pxpk2482z6dferlmluhlrt>>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 62.

uma nova ordem econômica a ser alcançada com participação ativa do Estado, tornando-se um de seus principais objetivos a ser conquistado com a produção de alterações materiais no mundo do ser. Nesse panorama, podemos entender a expressão ordem econômica:

como o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)⁸⁹

Já a locução mais extensa ordem econômica constitucional, por sua vez, “presta-se unicamente a indicar, topologicamente, no texto constitucional, disposições, que, em seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica (mundo do ser). Cuida-se, pois, de conceito ancilar da Dogmática do Direito e não do Direito.”⁹⁰

Temos, portanto, que a ordem econômica diz com os elementos nucleares da forma econômica adotada por determinado Estado, modulando o sistema econômico inicialmente escolhido. Isso porque “a forma econômica é o modo específico de estruturação de um determinado sistema”⁹¹. No caso brasileiro, o estudo de sua ordem econômica implicará conhecer como o sistema capitalista foi modulado para sua realidade.

Para encontrarmos as opções da forma econômica brasileira, considerando que a ordem econômica constitucional é critério topológico de identificação normativa, podemos afirmar que estas escolhas estão localizadas em sua maior parte naquilo que denominamos de constituição econômica. Entendemos constituição econômica como:

o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.⁹²

Assim, para Vital Moreia, a constituição econômica de uma economia capitalista abarcaria as normas que asseguram a propriedade e disposição privada dos meios de

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 68.

⁹⁰ Ibidem. p. 83.

⁹¹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 44.

⁹² MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de Constituição econômica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974. p. 36.

produção, direitos fundamentais econômicos como a liberdade de empresa e de trabalho, além das normas que determinam o papel do mercado e do Estado na orientação do processo econômico, as que determinam os princípios fundamentais da organização econômica *stricto sensu* e ainda aquelas que tratam das finanças do Estado, do estatuto da empresa e da posição do trabalhador.⁹³ Já vimos que a constituição brasileira contém normativas que contemplam todos esses pontos, sendo, portanto, sua opção pelo sistema capitalista.

Em linha com o que comentamos acerca da ideia de ordem econômica, também a expressão constituição econômica surge quando de uma nova compreensão do papel atribuído ao Estado, implicando uma nova concepção do que deve ser e conter uma constituição. Nesse sentido “A Constituição econômica teria passado a existir quando da conformação consciente e sistemática da ordem econômica por uma decisão política, sendo viável, inclusive, expressá-la pela ideia de política econômica.”⁹⁴

Antes de analisarmos os dispositivos constitucionais que conformam a ordem econômica brasileira, nunca é demais lembrar que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto normativo da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir desse texto até a Constituição.”⁹⁵ Assim:

A Constituição econômica é afetada pelas demais normas constitucionais e também as afeta, de certa maneira. É preciso, pois, em toda e qualquer abordagem que se pretenda da Constituição econômica, não olvidar do contexto constitucional, sendo necessário, para tanto, cercar-se de todo o arcabouço fornecido pelo constitucionalismo pátrio.⁹⁶

Desta forma, para entendermos a ordem econômica da atual constituição brasileira, é necessário ter em mente que a constituição em questão foi elaborada em um momento de transição, sendo “amplamente influenciada por uma ideologia contrária à atuação estatal na economia, ainda que não se desfaça, por completo, de alguns elementos principiológicos, de cunho social, decorrentes do *Welfare State*.”⁹⁷ Mesmo as emendas constitucionais que

⁹³ MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de Constituição econômica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974. p. 35 - 36.

⁹⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 71.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 159

⁹⁶ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 81.

⁹⁷ Ibidem. p. 241.

seguiram ao texto inicialmente promulgado foram “voltadas sobretudo para a modificação da orientação nacionalista e intervencionista das Cartas que a antecederam.”⁹⁸.

Assim, “a Constituição de 1988, mais uma vez, exprime o movimento pendular, que, na sucessão de um período autoritário de governo, procura a volta aos princípios fundamentais de liberdade e de plenitude democrática.”⁹⁹, sendo que “a abertura da economia e a relativa retirada da presença do Estado na prestação de serviços econômicos é uma das manifestações desta dança do pêndulo entre extremos na busca do equilíbrio estável da perfeição”¹⁰⁰.

De qualquer modo, não devemos olvidar que a ordem econômica, como também “a Constituição econômica não pode ser apenas o reflexo ou cópia pura da economia (concreta).”¹⁰¹, devendo influir sobre o mundo do ser, condicionando-o.

Em suma, “*ordem econômica* é a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que conforma um sistema econômico.”¹⁰².

Para o estudo que aqui se propõe, a análise da ordem econômica recairá sobre a constituição econômica formal “que compreende somente normas de conteúdo econômico incluídas no texto constitucional.”¹⁰³, objetivando-se com isto não mais do que a exclusão das referências normativas infraconstitucionais, ao menos neste tópico, já que algumas das referidas normativas infraconstitucionais serão abordadas quando da análise das intervenções perpetradas em setores específicos da economia.

Adotada esta perspectiva, temos que a constituição econômica formal do Brasil “consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que são inerentes ao exercício da atividade econômica no país.”¹⁰⁴, ou seja, é a “parcela da Constituição diretamente relacionada ao econômico.”¹⁰⁵.

⁹⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 220.

⁹⁹ TÁCITO, Caio. **O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada – o exemplo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez. 1995. p. 9.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 10.

¹⁰¹ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 75.

¹⁰² Ibidem.. p. 82

¹⁰³ Ibidem. p. 76.

¹⁰⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 77.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 80.

Ainda com relação ao espírito de transição em que foi confeccionada a atual constituição brasileira, devemos rememorar que para além das mudanças globais quanto à concepção do modelo ideal de Estado e à compreensão do sistema econômico ideal, no plano nacional havia que se trabalhar em prol da democratização, o que contribuiu para edição de normas que restringissem a intervenção do Estado no domínio econômico e também para a diminuição do Estado empresário militar. Nesse sentido:

Tendo em vista que a Constituição de 1967, com as alterações que lhe foram feitas pela Emenda Constitucional 1, em 1969, serviu de base para um amplo intervencionismo, a promulgação da Constituição Federal de 1988 pretendeu operar uma profunda mudança nessa concepção econômico-intervencionista do Estado, estabelecendo, em suas diretrizes, um regime bem menos intervencionista do que o anteriormente vigente, reiterando a adoção do sistema capitalista de economia descentralizada, baseada, pois, no mercado, e, ademais, na impossibilidade de franquear-se a atuação econômica direta do Estado em qualquer segmento, baseada exclusivamente na vontade estatal ou legal.¹⁰⁶

Nesta ótica, toda intervenção direta do Estado no domínio econômico, ou seja, a sua atuação enquanto agente econômico, é considerada uma exceção ao princípio da livre-iniciativa, sendo que “sua intervenção é possível, mas condicionada e delimitada constitucionalmente.”¹⁰⁷. Explicita tal fato o art. 173 da constituição, *in verbis* “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”¹⁰⁸.

Depreende-se, portanto, que o Estado somente poderá exercer atividade econômica em sentido estrito nos casos expressamente listados no texto constitucional ou quando a atuação tiver por fundamento a defesa da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, ou seja, o exercício da atividade econômica é reservado precipuamente aos agentes particulares, havendo barreiras de entrada constitucionalmente delineadas para que o Estado possa atuar nesta área. Em suma, confere-se “à empresa privada a prioridade para a prática da atividade econômica.”¹⁰⁹.

Apesar disto, a permissão para atuação do Estado empresário fundada em relevante interesse coletivo confere “ampla margem de discricionariedade ao Legislativo, na criação de

¹⁰⁶ Ibidem. p. 118.

¹⁰⁷ Ibidem., p. 276.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 173. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹⁰⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 300.

leis de caráter intervencionista, sob o fundamento de regulamentação da Constituição, bem como ao Judiciário na aplicação dos vocábulos aos casos judiciais”¹¹⁰. Para delimitar ainda que minimamente a margem de discricionariedade, deve observar-se que “o interesse há de ser da coletividade e, ainda, relevante. A relevância (qualificação que se agregou constitucionalmente ao coletivo) afere-se a partir do contexto econômico real do país.”¹¹¹

Quanto aos demais casos positivados em que se admite a atuação direta do Estado enquanto agente econômico, muitos deles podem ser compreendidos como atuação para prestação de serviços públicos (veja-se por exemplo os arts. 21, X, XI, XII, XV e XXIII; 25, §2º; 30, V, VI e VII; 196; 201; e 203), sendo que além dos casos especificados no texto constitucional competirá ao Estado, de maneira genérica, a prestação de serviços públicos, nos termos do art. 175 da constituição. Nesse tocante, importante distinguir atividade econômica, gênero, de serviço público.

Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal:

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.¹¹²

Desse modo, “inexiste, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público, pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira.”¹¹³. A distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, consoante a disciplina constitucional, permite inferir que o “interesse social exige a prestação de serviço público; o relevante interesse coletivo e o imperativo de segurança nacional, o empreendimento de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado.”¹¹⁴. Isto implica reconhecer que haverá regimes distintos para cada categoria, mas não nos permite perder de

¹¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 278 – 279.

¹¹¹ Ibidem. p. 280.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, DF, julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28O+SERVI%C7O+POSTAL+%2D+CONJUNTO+DE+ATIVIDADES+QUE+TORNA+POSS%C3%9CDVEL+O+ENVIO+DE+CORRESPOND%C3%A2NCIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybcgamhn>>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 97.

¹¹⁴ Ibidem. p. 127.

vista que ao fim e ao cabo trata-se em ambos os casos do exercício de atividade econômica. Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão:

Ao contrário do que ocorre em outros direitos positivos, a nossa Constituição estabelece uma nítida distinção entre serviço público e atividade econômica. Na verdade, contudo, não podemos torcer a realidade a ponto de sustentar que os serviços públicos não sejam atividades econômicas – atividades econômicas qualificadas como serviços públicos –, qualificação esta que visa permitir a prestação direta pelo Estado ou uma forte regulação e ingerência estatal na atividade quando gerida por particulares delegatários. O serviço público revela-se, então, como uma das mais intensas formas de intervenção do Estado na economia¹¹⁵.

Apesar das considerações relativas à limitação da intervenção estatal no domínio econômico pela constituição vigente, se de um lado a constituição buscou impor limites à intervenção do Estado no domínio econômico, de outra parte e em linha com a superação do modelo capitalista de índole liberal-individualista, a constituição adota para a ordem econômica que institui “valores como o respeito à função social da propriedade e a defesa de investimentos estatais em políticas sociais de educação, saúde e saneamento”¹¹⁶.

Como já tivemos oportunidade de mencionar, a constituição alça à condição de fundamentos da República, ao lado da soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, além do pluralismo político.¹¹⁷ A ordem econômica, portanto, deve observar estes fundamentos, sendo de especial relevância para o seu estudo os valores sociais do trabalho humano e da livre-iniciativa.

De igual modo, a ordem econômica deve ser estruturada de modo a contribuir para a realização dos objetivos fundamentais da República, conforme o disposto no art. 3º da constituição¹¹⁸, dentre os quais a constituição de sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer discriminações.

¹¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 121.

¹¹⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 43.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

¹¹⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Essas diretivas, bem como os direitos fundamentais atinentes à propriedade privada, sua função social, à livre-iniciativa e à liberdade de trabalho, compõem a ordem econômica espalhada de nossa constituição, ao lado de outros dispositivos, notadamente aqueles anteriormente referidos e que tratam da conformação do sistema econômico adotado. Por sua vez, a ordem econômica concentrada vem disposta no título VIII da constituição, sob a alcunha “Da ordem econômica e financeira”. Este título é subdividido em quatro capítulos e a técnica legislativa empregada é elogiada por Washington Peluso Albino de Souza¹¹⁹.

O primeiro capítulo desta ordem econômica e financeira constitucionalmente estabelecida é intitulado “dos princípios gerais da atividade econômica” e será o principal objeto de análise deste tópico, considerando sua relevância para os objetivos deste trabalho. Os demais capítulos versam sobre a política urbana, sobre a política agrícola e fundiária da reforma agrária e sobre o sistema financeiro nacional, de modo que, apesar da importância para conformação da ordem econômica brasileira, pela ausência de pertinência temática, não serão explorados nesta oportunidade.

Esclarecidas estas premissas, temos que o primeiro artigo do capítulo inaugural da ordem econômica¹²⁰ dispõe que esta será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme a justiça social, observando-se o rol de nove princípios listados em seus incisos, quais sejam, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração do país. Por fim, o parágrafo único trata de assegurar a todos “o livre exercício de qualquer

¹¹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 220.

¹²⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”¹²¹.

Quanto à previsão de finalidades para a ordem econômica positivada constitucionalmente, devemos observar que se trata de dispositivo com caráter programático, que enuncia “objetivo a ser buscado. E, nesses termos, consoante a Constituição, o objetivo é dúplice, englobando a procura de uma existência digna e consoante os ditames da justiça social.”¹²². Nesse sentido:

a justiça social, em síntese, deve ser adotada como um dos princípios de finalidade comunitarista expressos da Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem econômica, visando ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com o que o caráter social da justiça é-lhe intrínseco.¹²³

Já a garantia de uma existência digna é imposta como decorrência da cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana, reclamando que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência, o que deve ocorrer por meio de prestação direta pelo Estado aos hipossuficientes, ainda que transitoriamente¹²⁴. Também decorre desta previsão, o direito a um salário-mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas, do trabalhador e de sua família, direito este previsto de maneira expressa no art. 7º da constituição¹²⁵.

No plano dos fundamentos da República e da ordem econômica, relevante frisar que “a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso¹²⁶”, não se restringindo à liberdade de iniciativa econômica, que é apenas uma de suas dimensões.¹²⁷ Esta dimensão, ou seja, liberdade de iniciativa econômica refere-se à liberdade de desenvolvimento de empresa, sendo asseguradas constitucionalmente também outras formas

¹²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 170, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

¹²² TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 126.

¹²³ Ibidem. p. 129.

¹²⁴ Ibidem. p. 130.

¹²⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

¹²⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 196.

¹²⁷ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 235.

de organização econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa (prevista no art. 5º, XVIII, e art. 174, §§3º e 4º), além da liberdade contratual e comercial.

Resta claro, portanto, que a livre iniciativa expressa desdobramento da liberdade em seu sentido mais amplo, de modo que “não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo”¹²⁸. Importante notar, ademais, que a livre iniciativa não é absoluta e mesmo em sua origem limitações já lhe eram impostas, como as taxas e regulamentos de polícia previstos no decreto d’Allarde, de 2-17 de março de 1791 e na Lei Le Chapelier¹²⁹. Podemos afirmar, portanto, que “a liberdade de iniciativa, desde a sua primeira positivação, jamais chegou a ser declarada e admitida em termos absolutos, completamente livre de condicionamentos, por mínimos que fossem.”¹³⁰.

Os condicionamentos à liberdade de iniciativa decorrem da necessidade de garantia da realização da justiça social e do bem-estar coletivo e ainda da necessidade de adoção de precauções quanto ao exercício de determinadas profissões, em razão do interesse público envolvido e dos potenciais prejuízos de seu exercício por pessoal não qualificado.¹³¹ Assim sendo, a livre iniciativa “garante a possibilidade de autodirecionamento econômico dos particulares, mas impõe também a necessidade de se submeter às limitações impostas pelo Poder Público, quando for o caso.”¹³² Motivo pelo qual, “na falta de lei condicionadora, a liberdade será ampla, apenas devendo ater-se aos princípios constitucionais.”¹³³

A livre iniciativa abrange:

- a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):
 - a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública;
 - a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude da lei – liberdade pública;
- b) liberdade de concorrência:
 - b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada;
 - b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada;

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 198.

¹²⁹ Ibidem. p. 199.

¹³⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 239.

¹³¹ Ibidem. p. 239.

¹³² Ibidem. p. 239.

¹³³ Ibidem. p. 239.

b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.¹³⁴

Especificadamente no campo econômico, a liberdade de iniciativa engloba a liberdade de trabalho (aí inserida a possibilidade de exercício das mais diversas profissões), a de empreender (atrelada ao risco do empreendimento e às decisões do que produzir, como produzir, quanto produzir, preço a ser fixado), bem como, a liberdade de associação, sendo seus pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comerciar.¹³⁵

A liberdade de contratar, por sua vez, envolve as faculdades de (1) ser parte em um contrato; (2) escolher com quem pactuar o contrato; (3) escolher o negócio a ser realizado; (4) fixar o conteúdo do contrato segundo as próprias convicções e conveniências; e, (5) o poder de acionar o judiciário para fazer valer as disposições contratuais, que nada mais é do que a garantia estatal da efetividade do contrato por meio da coação.¹³⁶ Esta observação será importante para avaliar o fenômeno de intervenção objeto deste trabalho.

Disto podemos concluir que:

o postulado da livre-iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre-iniciativa.¹³⁷

Já a livre-concorrência, que é princípio da ordem econômica positivado no inc. IV do art. 170 é um desdobramento da livre iniciativa, como tivemos oportunidade de observar. De modo objetivo, pode-se enunciar que a “livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social.”¹³⁸ Assim, em sua conotação mais pura,

sendo livre a concorrência, as leis do mercado determinarão as circunstâncias em que haverá ou não o êxito do empreendedor (livre-iniciativa). A livre concorrência não tolera o monopólio ou qualquer outra forma de distorção do mercado livre, com

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 199-200.

¹³⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 237.

¹³⁶ Ibidem. p. 236.

¹³⁷ Ibidem. p. 235.

¹³⁸ Ibidem. p. 256.

o afastamento artificial da competição entre os empreendedores. Pressupõe, pelo contrário, inúmeros competidores, em situação de igualdade.¹³⁹

O objetivo primordial da garantia da livre concorrência diz com a proteção do consumidor, tido como parte vulnerável da relação de consumo, sobre quem deve recair a proteção jurídica que é promovida, ao menos em parte, pela tutela da livre concorrência. De igual modo a tutela da concorrência visa à garantia de manutenção de um eficiente e legítimo sistema econômico de mercado¹⁴⁰.

Colocada nestes termos, e sem ignorar a concentração de poder econômico por certos agentes econômicos, a livre concorrência impõe ao Estado o dever de promoção de “uma intervenção (normativa e fiscalizadora) deste, no sentido de garantir que no mercado permaneça a liberdade geral, que poderia estar sendo tolhida pelo poder de algum agente econômico.”¹⁴¹

A necessidade de garantia da livre concorrência, portanto, supõe a existência de desigualdades materiais e também jurídico-formais entre os agentes econômicos¹⁴², decorrente das necessidades protetivas supra descritas e impondo a positivação de tratamento diferenciado a determinados agentes a fim de coibir o abuso de poder econômico e promover os objetivos do Estado brasileiro, tais como podemos ver nos artigos 170, IX e 179, §§1º e 2º, na medida em que impõem o dever de conferir tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no território nacional.

Contudo “a excessiva ‘regulamentação’ da liberdade redundava na sua eliminação, substituída justamente pelos termos da liberdade admitida normativamente.”¹⁴³. Nesse sentido, o art. 171 da constituição acabou por ser inteiramente revogado a fim de viabilizar maior abertura econômica, já que o texto original diferenciava a empresa brasileira constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no país da empresa brasileira de capital nacional, permitindo a concessão de benefícios e tratamento privilegiado a esta.

Neste trabalho, avaliaremos o impacto da intervenção estatal para recuperação de determinadas empresas em setores regulados da economia nacional à luz dos fundamentos e

¹³⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 256.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 257.

¹⁴¹ Ibidem. p. 258.

¹⁴² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 204.

¹⁴³ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 259.

princípios constitucionais ora expostos, sobretudo da manutenção da livre iniciativa e da livre concorrência, da proteção ao consumidor e da busca pelo pleno emprego, de modo que estas notas serão de extrema valia para avaliar a legitimidade do fenômeno interventivo.

Continuando a análise da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, importa registrar que o art. 172 remete à legislação infraconstitucional a disciplina dos investimentos de capital estrangeiro, incluindo remessa de lucros, enquanto que o art. 173 cuida das possibilidades de intervenção direta do Estado no domínio econômico, como já tivemos oportunidade de observar. Por sua vez, o art. 174, igualmente analisado previamente, trata do papel que o Estado deve exercer enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica.

Já o art. 175 dispõe sobre o dever do Estado de prestação de serviços públicos (como definido em lei), o que pode ser feito de modo direto ou por meio de concessão ou permissão, sempre precedida de licitação. Ainda, os artigos 176 e 177 conferem à União a propriedade das jazidas, recursos minerais e potenciais de energia hidráulica e lhe reservam o monopólio de atividades relacionadas à exploração do petróleo e de energia nuclear, abrindo a possibilidade de contratação com empresas estatais ou privadas, desde que respeitadas as condições estabelecidas em lei.

O art. 178 também remete ao legislador ordinário a normatização dos transportes aéreos, aquático e terrestre, enquanto o já mencionado art. 179 dispõe que os entes federados devem dispensar tratamento jurídico diferenciado às micro e pequenas empresas. Por fim, o art. 180 descreve o incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico e o art. 181 condiciona o atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial por autoridade estrangeira à autorização do poder competente.

Com isso encerramos esta breve exposição da ordem econômica constitucional e do tratamento dispensado à livre iniciativa e, sem mais delongas, tendo tais premissas em mente, passamos a expor a noção de intervenção que será empregada neste trabalho.

2.3 NOÇÃO DE INTERVENÇÃO

Inicialmente registra-se a opção pelo emprego de uma determinada noção de intervenção, em detrimento de um conceito, posto que conceitos pretendem-se atemporais e perenes, enquanto “a noção, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para

produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois homogênea ao desenvolvimento das coisas”¹⁴⁴.

Dito isso, como vimos, a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil e também de sua ordem econômica, de modo que todo o conjunto de normas infraconstitucionais “no sistema brasileiro vigente deve observância ao livre exercício da atividade econômica, sem o que não se respeitará a liberdade de iniciativa econômica.”¹⁴⁵. Nesse sentido, verificamos que é a ideologia adotada na constituição que definirá a posição da intervenção no sistema jurídico brasileiro, cabendo à legislação infraconstitucional delinear medidas político-econômicas legisladas em atendimento às suas diretrizes.¹⁴⁶ A definição de intervenção, portanto, dependerá dos limites legalmente traçados à livre iniciativa, alternando-se ao longo do tempo em movimento pendular, conforme as ideias de cada época.

São estas as premissas adotadas para buscar uma conotação adequada para o emprego do termo intervenção no presente trabalho. Assim, e considerando que “o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente atuação na área de outrem.”¹⁴⁷, é nesta acepção que o termo será utilizado, de forma bastante singela.

De outra parte, cumpre registrar que a grande controvérsia doutrinária a respeito do emprego do termo intervenção reside na ausência de consenso quanto aos limites da área de atuação estatal e da iniciativa privada para que se possa determinar quando se está a penetrar esta área de outrem.

Para Eros Grau, o sistema econômico brasileiro se estrutura de modo dual, de maneira que “o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público.”¹⁴⁸. Já a “atuação, do Estado, no domínio econômico, área de titularidade do setor privado, é intervenção. De resto, toda atuação estatal pode ser descrita como um ato de intervenção na ordem social.”¹⁴⁹,

O emprego destes termos pelo autor tem por base a distinção entre atividade econômica em sentido estrito, área própria da iniciativa privada, e atividade econômica em sentido amplo, área esta que seria de titularidade estatal, de modo que para ele “intervenção

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 128.

¹⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 237.

¹⁴⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 323.

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 88

¹⁴⁸ Ibidem. p. 88.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 70.

conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.¹⁵⁰”. Isso porque os regimes jurídicos aplicáveis a cada área seriam também distintos entre si: à prática da atividade econômica em sentido estrito pelo Estado aplicar-se-ia o art. 173 da constituição, enquanto que ao exercício da atividade econômica em sentido amplo, o seu art. 175.¹⁵¹

Apesar da fluidez e multiplicidade de regimes jurídicos na contemporaneidade, as peculiaridades dos regimes jurídicos constitucional e legalmente definidos serão consideradas quando da análise da intervenção recuperacional em setores regulados da economia brasileira, com especial destaque para suas particularidades em capítulo próprio, não cabendo o aprofundamento da temática neste momento.

De outra parte, retomando a discussão doutrinária quanto ao emprego de vocábulo intervenção, André Ramos Tavares, partindo da mesma premissa de que intervenção deve ser compreendida como atuação em área de outrem, conclui que a “atuação na economia é concebida como uma atividade característica da iniciativa privada, sendo a presença do Estado, nesse segmento, reconhecida como uma espécie de ‘invasão’, uma interferência na área de outrem.”¹⁵²

Interessante notar que o mesmo autor, ao comentar sobre a política econômica vigente durante a ditadura brasileira afirma que o modelo político-econômico então adotado fez com que a ampla intervenção estatal no domínio econômico não fosse atacada ou questionada pelos grandes grupos econômicos, avaliando que “embora isso pudesse significar um temor da ditadura, a verdade é que se configurava intervenção estatal convergente aos interesses privatistas e pretensões apropriadoras (do estatal e do nacional) de grandes grupos econômicos”¹⁵³

Explica que esta convergência decorre da opção do regime militar em abertamente não promover a distribuição igualitária dos benefícios do aumento do Produto Nacional Bruto, bem como “em não promover a industrialização, em segmentar e excluir parcela

¹⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 89.

¹⁵¹ Ibidem. p. 105.

¹⁵² TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 53.

¹⁵³ TAVARES, André Ramos. Facções privadas e política econômica não democrática da ditadura brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1047-1066, maio/ago.2015. p. 1057.

considerável dos justos interesses econômicos para privilegiar um exclusivo grupo que se apropriara em parte do setor público determinante da economia.”¹⁵⁴. Avalia assim que:

É possível compreender algumas das prescrições constitucionais de 1988 a partir justamente desse tipo de condução da economia perpetrado no período do regime militar, já que a nova Constituição representa um marco político democrático que repudia, normativamente, inúmeras das ocorrências brasileiras tipicamente ditatoriais, formando, nesse sentido, uma resposta normativa à barbárie vivida anteriormente em diversos assuntos e situações da vida nacional¹⁵⁵

Voltando à compreensão do autor quanto ao fenômeno da intervenção estatal no domínio econômico, registre-se que, para ele, a intervenção pode ocorrer de maneira direta (no domínio econômico) ou indireta (sobre o domínio econômico). Segundo esta classificação, a modalidade indireta “refere-se à cobrança de tributos, concessão de subsídios, subvenções, benefícios fiscais e creditícios e, de maneira geral, à regulamentação normativa de atividades econômicas, a serem primariamente desenvolvidas pelos particulares.”¹⁵⁶. Enquanto na modalidade direta de intervenção “o Estado participa ativamente, de maneira concreta, na economia, na condição de produtor de bens ou serviços, ao lado dos particulares ou como se particular fosse. Trata-se, nesta última hipótese, do Estado enquanto agente econômico.”¹⁵⁷.

Nessa perspectiva, Tavares pondera que a livre iniciativa consolidou-se como princípio fundamental da organização da economia na maioria dos países da atualidade, ao lado da intervenção do Estado, que deve ser compreendida, no presente, como uma necessidade para o “estabelecimento de uma sociedade justa e igualitária, objetivo maior do Direito.”¹⁵⁸. Esta observação vale também para o Brasil, de modo que o autor reconhece “a possibilidade de atuação do Estado na economia, seja no desempenho de determinadas atividades (intervenção propriamente dita), seja na regulação e fiscalização da atuação da iniciativa privada (intervenção indireta)”¹⁵⁹. O reconhecimento desta possibilidade de atuação estatal, no entanto, não impede a continuidade do emprego do termo intervenção, na medida em que a atuação somente deve ocorrer para que sejam alcançados os objetivos

¹⁵⁴ TAVARES, André Ramos. Facções privadas e política econômica não democrática da ditadura brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1047-1066, maio/ago.2015. p. 1059.

¹⁵⁵ Ibidem. p. 1061.

¹⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 54.

¹⁵⁷ Ibidem. p. 54.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 62.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 62.

constitucionalmente traçados, permanecendo a premissa do livre exercício de atividade econômica pelos particulares.

Na mesma linha teórica, para Alexandre Santos de Aragão, a intervenção do Estado somente se justifica para o alcance dos objetivos sociais constitucionalmente traçados, devendo sempre a opção ser pela menor restrição à liberdade de mercado e ainda configurar-se medida apropriada e proporcional ao fim visado:

a) a restrição à liberdade do mercado deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos – elemento adequação dos meios aos fins. (...) b) o Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado – elemento necessidade (...) e c) a restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que aquela seja o meio menos gravoso, deve, em uma relação decreto legislação racional tendo em vista a finalidade pública almejada, ‘valer a pena’- proporcionalidade em sentido estrito.¹⁶⁰

Akerlof, a seu tempo, pondera que em alguns casos a intervenção estatal pode aumentar o bem-estar geral, notadamente em mercados nos quais o retorno social e particular não sejam coincidentes.¹⁶¹

Washington Peluso Albino de Souza, por sua vez, considera que a utilização da expressão “intervenção” revela certo preconceito de origem ideológica liberal, na medida em que “ao falar-se de ‘intervenção’, conserva-se o princípio ideológico ‘liberal’ da abstenção do Estado em termos de ação econômica direta, admitindo-se a ‘exceção’ de que possa ‘atuar’, portanto ‘intervir’, em determinadas circunstâncias.”¹⁶²

O autor opta então pela utilização da expressão “ação econômica do Estado” como gênero representativo de todas as formas de exercício do poder econômico pelo Estado, no qual se inserem as seguintes espécies: presença do Estado; regulamentação como manifestação do Estado Regulamentador ou Empresário; regulação, quando se privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; o planejamento, quando há tendência de redução do mercado; a ação por omissão, ou seja, abstenção do Estado no domínio econômico; e a

¹⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 130-131.

¹⁶¹ AKERLOF, George A. **The Market for “lemons”**: quality uncertainty and the Market mechanism. The Quarterly Journal of Economics, vol. 84, nº 3. Aug. 1970, pp. 488-500. p. 500. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533%28197008%2984%3A3%3C488%3ATMF%22QU%3E2.0.CO%3B2-6>>.

¹⁶² SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 318.

Parceria Público Privada (PPP), quando há relação contratual com particular para realização de tarefas de responsabilidade precípua do Estado.¹⁶³

De toda forma, reconhecendo o uso corrente da expressão intervenção, o autor acaba por qualifica-la como um fato político, na medida em que expressa decisão do poder econômico instituído e um fato jurídico, quando institucionalizado, regulamentado pelo Direito. Assim, “quando tratado pelo Direito Econômico, será fundamentalmente um ‘fato de política econômica’ juridicamente considerado.”¹⁶⁴

O autor adverte ainda que há que se reconhecer a responsabilidade do Estado decorrente do exercício de seu poder econômico, responsabilidade esta que “atrela-se às consequências das medidas de política econômica por ele praticadas, quer diretamente, como empresário ou planejador, no ‘Estado Máximo’, quer na função de ‘regulador’, no ‘Estado Mínimo’”¹⁶⁵.

Para ele, “o objetivo da ‘Intervenção’ define-se pela ‘ação’ de ‘coordenar’, ‘regular’, ‘controlar’, ‘regulamentar’ entre outros meios, pela fiscalização, incentivo e planejamento da economia, de modo a salvaguardar o ‘interesse geral’”¹⁶⁶, funções estas que, como vimos, são atribuídas ao Estado por meio do art. 174 da constituição.

Para este trabalho, no entanto, adotaremos a noção de intervenção no seu sentido mais singelo e direto, qual seja, o de atuação no domínio de outrem. A partir dessa premissa, não haverá dúvidas quanto à caracterização de intervenção quando o Estado, por meio de entes da administração indireta, agir de modo a assumir o controle de empresas privadas, ainda que estas sejam concessionárias de serviços públicos, substituindo-se aos controladores originários em claro exercício de seu poder econômico institucionalizado. Assim, a fim de viabilizar a análise dos casos concretos desse fenômeno de intervenção, passaremos agora a breve estudo sobre as agências reguladoras e a intervenção recuperacional.

¹⁶³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 315-316.

¹⁶⁴ Ibidem. p. 319.

¹⁶⁵ Ibidem. p. 317.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 327.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS E INTERVENÇÃO RECUPERACIONAL

Neste capítulo, terá lugar breve estudo acerca das agências reguladoras e da intervenção recuperacional, considerando-se as formas de atuação dos entes reguladores, a exposição da noção de empresa estratégica e ainda proposições concernentes ao ideal de previsibilidade na atuação das agências, à função social da empresa e aos fundamentos para recuperação das empresas consideradas estratégicas em setores especialmente regulados da economia nacional. Este estudo será fundamental para fornecer ferramental adequado para a análise a ser empreendida na parte final deste trabalho.

A fim de iniciar o estudo proposto, insta registrar que “a origem remota das Agências Reguladoras é inglesa, a partir da criação pelo Parlamento, em 1834, de diversos órgãos autônomos com a finalidade de aplicação e concretização dos textos legais”¹⁶⁷. Posteriormente, o direito das agências foi desenvolvido amplamente nos Estados Unidos, inicialmente com a criação em 1887 da *Interstate Commerce Comission*, seguida da instituição de uma série de agências, as quais podem ser reguladoras, não reguladoras, executivas ou independentes, e configuram a organização descentralizada do direito administrativo estadunidense¹⁶⁸.

No direito brasileiro, as agências reguladoras independentes foram incorporadas com maior força na década de noventa, em período coincidente com o programa de desestatização, na medida em que atividades econômicas sensíveis eram privatizadas e fazia-se necessário orientar e fiscalizar a atuação dos particulares em prol do atingimento dos objetivos traçados constitucionalmente ou pelo próprio governo, garantindo-se a independência, a especialidade e a qualidade técnica dos trabalhos. Em outras palavras:

As primeiras agências reguladoras independentes criadas entre nós guardaram pertinência com a retração da intervenção estatal em vastos setores da vida econômica, que teve como reverso a consciência de que o Estado não poderia apenas deixar ao alvedrio empresarial a gestão de atividades de indubitável interesse público, que deveriam, portanto, ficar sob o seu poder regulatório. Procurou-se, todavia, fazer com que a regulação de tais atividades não ficasse sujeita à variação dos humores político partidários, dotando-se as entidades dela incumbidas de uma especial autonomia em relação ao Poder Executivo central, autonomia esta cuja principal nota é a nomeação dos seus dirigentes por mandato determinado, durante o qual é vedada a exoneração *ad nutum*.¹⁶⁹

¹⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. In: _____ (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 22.

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 22-23.

¹⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 218.

Nesse contexto, portanto, surgem as principais agências reguladoras nacionais, como fruto de um compromisso social em prol da promoção da eficiência via privatização e manutenção de certo grau de controle vinculado ao Estado, viabilizando a reordenação da posição estratégica deste na economia, com a transferência à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público, de modo a permitir que a Administração Pública concentrasse esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais¹⁷⁰. Com isto foram atribuídas aos entes reguladores as funções de regulamentar, orientar e fiscalizar as atividades desempenhadas pelos agentes privados para o atendimento das finalidades públicas, sempre dentro dos limites delineados pela lei de sua criação.

Isto porque, no Brasil, as agências reguladoras têm natureza autárquica, sendo dotadas de regime especial, integram a administração indireta e são vinculadas ao Ministério que cuida da respectiva atividade, apesar de seu regime especial em relação às demais autarquias caracterizar-se justamente pela maior independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade (decorrente da ausência de possibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes) e autonomia financeira¹⁷¹.

Por se tratar de autarquia, a criação de agência reguladora somente se admite mediante edição de lei específica, nos termos do art. 37, XIX, da constituição federal¹⁷², e, por força do *caput* do mesmo artigo, as agências obedecem aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, sua ação, como ademais, “toda a ação administrativa deve ser orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico administrativo.”¹⁷³

Lembra-se que a definição de autarquia para o sistema jurídico brasileiro é de “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios,

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm >. Acesso em 08 out. 2017. Art. 1º, I e V.

¹⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. In: _____ (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 24.

¹⁷² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

¹⁷³ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa na Constituição Federal**. Revista de Direito Administrativo nº 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun, 2000, p. 168.

para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”¹⁷⁴

Com o advento da Lei nº 9.986/2000 houve a padronização do modelo de direção das agências reguladoras, com a opção pelo regime de colegiado, seja pela instituição de um Conselho Diretor, ou de uma Diretoria a ser preenchida por Conselheiros ou Diretores (art. 4º), devendo os membros atender aos requisitos previstos no art. 5º, qual sejam, nacionalidade brasileira, reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade do ente regulador. Os membros são escolhidos pelo Presidente da República e devem ser aprovados pelo Senado Federal antes de sua nomeação (art. 5º). De outra parte, o prazo do mandato deve ser fixado pela lei de criação de cada agência (art. 6º).

Este diploma legal ainda cuidou de instituir um período de quarentena para que o ex-dirigente possa voltar a atuar no setor regulado pela agência que dirigia, sendo este período de quatro meses, de acordo com seu art. 8º. Por fim, a lei explicita que “os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”¹⁷⁵, abrindo a possibilidade de que a lei de criação da agência estipule outras condições para a perda de mandato.

Neste cenário, verificamos que as agências reguladoras foram criadas na medida da necessidade decorrente da substituição da regulamentação pela regulação na política econômica¹⁷⁶, e podemos citar em ordem cronológica a criação da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica pela Lei nº 9.427, de 12 de dezembro de 1996, da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, através da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, da ANP – Agência Nacional do Petróleo, por meio da Lei nº 9.478, de 6 agosto de 1997. Ainda, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, com o advento da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000; a Agência Nacional das Águas – ANA com a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ambas pela Lei nº 10.233, de 05 de junho 2001.

¹⁷⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 08 out. 2017. Art. 5º, I.

¹⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm>. Acesso em: 8 out. 2017.

¹⁷⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 341.

Merece destaque o fato de que “as duas únicas agências previstas diretamente no texto constitucional são a Anatel e a ANP, com referência expressa à função de ‘órgão regulador’, contida nos arts. 21, XI, e 177, §2º, III”¹⁷⁷, sendo que em ambos os casos a menção constitucional decorre da redação conferida por emendas constitucionais, a saber aquelas de nº 8 e 9 de 1995, respectivamente, sendo ambas inseridas no texto constitucional a fim de viabilizar maior abertura de mercado.

Importante pontuar que, embora as agências reguladoras possam parecer uma inovação no ordenamento jurídico nacional, na verdade “autarquias com as mesmas funções já existem no Direito Brasileiro há muito mais tempo do que se possa imaginar, e exercem, concomitantemente, as funções normativa, administrativa e jurisdicional.”¹⁷⁸ É o caso do Banco Central – Bacen – criado pela Lei nº 4.595, de 31 dezembro de 1964, ainda no início do regime militar, com natureza autárquica, personalidade jurídica e patrimônios próprios (art. 8º). Dentre as atribuições do Bacen podemos destacar a de executar a política financeira do governo, de emissão de papel-moeda (art. 10, I), fiscalização das instituições financeiras e aplicação de penalidades (art. 10, IX), além da concessão de autorização às instituições financeiras seja para funcionar no País, realizar transformações societárias, transferência de controle acionário ou mesmo para alterar seus estatutos (art. 10, X).

Também nesse sentido podemos citar a Susep – Superintendência de Seguros Privados, criada pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, como entidade autárquica com autonomia administrativa e financeira (art. 35) a fim de funcionar como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras (art. 36), a quem compete inclusive a liquidação daquelas seguradoras que tiverem cassadas a autorização de funcionamento no país.

Dessa forma, essas autarquias podem ser consideradas como entes reguladores assemelhados às agências reguladoras, já que não detêm o mesmo grau de independência decorrente da impossibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes e não exercem papel regulador na área dos serviços públicos, como qualificados por parte da doutrina, mas, sim, poder de polícia (sancionador ou ordenador) frente a atividades econômicas monopolizadas pelo Estado ou por ele fortemente reguladas.¹⁷⁹ Em suma:

¹⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. In: _____ (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 25.

¹⁷⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. p. 12.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 15.

as Agências Reguladoras no Brasil apareceram como uma das formas de se solucionar a crise pela qual passava o Estado, resultante de um crescimento muito superior à sua real possibilidade de atuação, com a evolução do Estado de Direito para o Estado de Direito Social, em que se estendeu o exercício de suas atividades para as áreas da saúde, educação, transportes, desportos, fornecimento de energia elétrica, água, exploração de petróleo, econômica (seja como interventor, seja como fomentador de atividades de desenvolvimento), habitacional, rural, previdenciária, o que acabou por acarretar o colapso, o esgotamento de sua capacidade de atuação, significando, muitas vezes, a prestação dos serviços públicos de forma ineficaz, morosa, inadequada, quando não danosa, inclusive para a “imagem” do próprio Estado, isso sem contar que seus recursos financeiros são óbvia e efetivamente insuficientes para tal gama de atividades.¹⁸⁰

O que se pode concluir é que as agências foram adotadas em decorrência da diminuição da atividade econômica estatal, permitindo ao Estado concentrar sua atuação na atividade regulatória controlando e fiscalizando a atividade dos agentes privados através de autorizações, permissões ou concessões. Assim, o que se busca com a introdução das agências reguladoras é o incremento na eficiência na prestação de serviços especialmente relevantes à sociedade, bem como a vedação de decisões de caráter político no âmbito de discricionariedade técnica dos entes reguladores.

Por este motivo as principais características das agências são, além da garantia do mandato de seus dirigentes a “independência financeira e poder fiscalizatório, sancionatório e normativo.”¹⁸¹. O exercício desses poderes será abordado em momento oportuno, por ora cumpre apenas registrar que o regime jurídico especial visa à preservação das agências de ingerências indevidas, sobretudo por parte do Estado e seus agentes a fim de criar um espaço em que predominem juízos técnicos sobre as valorações políticas.¹⁸²

De qualquer forma,

podemos constatar que, passados alguns anos da criação das primeiras agências reguladoras, revela-se que a busca deste modelo organizativo destina-se a regular, antes do que especificamente serviços públicos desestatizados, as atividades que em geral possuem uma especial sensibilidade para a coletividade; atividades a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente as que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública, entre as quais incluem-se, obviamente os serviços públicos.¹⁸³

¹⁸⁰ ROCHA, Regina Bernardes. **Órgãos reguladores no Brasil**. In: DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 217.

¹⁸¹ Ibidem. p. 220-221.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.174.

¹⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.268.

Tendo estas premissas em mente, importa ressaltar que a regulação praticada pelos entes reguladores recai sobre empresas concretas, assim, ao tratar da intervenção recuperacional, há que se considerar que as decisões empresariais, as quais nestes casos sofrem influência das decisões dos reguladores, têm efeitos bastante abrangentes, os quais impactam a vida e a realização de inúmeras pessoas, além do desenvolvimento econômico em geral, o que denota o exercício de poder econômico e empresarial e implica em responsabilidade social.¹⁸⁴ Isto porque:

cada empresa representa um universo, integrado pelos recursos financeiros de que dispõe e pelo número de pessoas que mobiliza a seu serviço direto. O círculo de dependentes das decisões empresariais não se esgota aí, no entanto. Assim, no campo econômico-financeiro a atividade traz repercussões aos fornecedores dos insumos, às empresas concorrentes ou complementares, aos consumidores que se habituaram aos seus produtos, aos investidores que se associaram à empresa, e aos mercados em geral; no setor humano, a empresa, como se disse, é campo de promoção e realização individual, cuja ação (de propiciar emprego, demitir, promover, remover, estimular e punir) ultrapassa a pessoa diretamente atingida para projetar-se nos campos familiar e social.¹⁸⁵

A intervenção para recuperação de empresas, portanto, decorre desta responsabilidade social, na medida em que deve ser promovido o atingimento da função social da empresa, bem como a busca pelo pleno emprego e o desenvolvimento econômico. Cumpre esclarecer que o instituto da recuperação de empresas somente foi reconhecido e regulamentado pelo direito brasileiro com o advento da Lei nº 11.101/2005, sendo que o aspecto de maior relevância deste diploma é o reconhecimento efetivo da dissociação entre empresa e empresário, o que acaba por legitimar a recuperação da empresa como unidade funcional desvinculada da pessoa física do empresário.

No panorama anterior a falência era vista como sanção adequada aos comerciantes inadimplentes, tendo como objetivo primordial a eliminação destes “maus elementos” do mercado. “Atualmente, passa-se da sanção à proteção, pretendendo os benefícios dessa modificação, não somente para os comerciantes, mas para todos os demais atores da atividade econômica.”¹⁸⁶

Assim, com a nova legislação “passou-se à retomada judiciária, mais do que econômica, da empresa em sentido tradicional, visando o seu significado social especialmente

¹⁸⁴ LAMY FILHO, Alfredo. **A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 190, out./dez. 1992. p. 58.

¹⁸⁵ Ibidem. p. 58.

¹⁸⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 311.

quanto à manutenção dos empregos e ao papel que representa no próprio equilíbrio do mercado.”¹⁸⁷. Com isso, “pretende-se salvar a empresa da falência, ainda que o empresário não tenha conseguido fazê-lo. Razões político-econômicas trazidas para a área do Direito, vão dar este novo aspecto ao Instituto da Falência, voltando-se para a recuperação da empresa.”¹⁸⁸

A dissociação empresa/empresário viabiliza essa construção, na medida em que se admite o “afastamento do empresário e seus administradores no desenvolvimento do processo de recuperação”¹⁸⁹, desde que configurada alguma das situações listadas no art. 64 da Lei nº 11.101/2005¹⁹⁰, sendo a regra a manutenção do administrador na condução da atividade empresarial durante o processo de recuperação.

Nesse sistema, o objetivo da recuperação consiste na “superação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”¹⁹¹, sendo possível concluir que “a lei visa à função social da empresa e não mais o puro interesse pessoal do empresário.”¹⁹²

Este é o panorama para as sociedades empresárias comuns, mas a lei explicitamente não se aplica à “instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde,

¹⁸⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 311-312.

¹⁸⁸ Ibidem. p. 312.

¹⁸⁹ Ibidem. p. 312.

¹⁹⁰ Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles: I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente; II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei; III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores; IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas: a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do caput do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial; V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê; VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial. Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

¹⁹¹ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 47. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

¹⁹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. Op. cit. p. 313.

sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores”¹⁹³.

Diante desse fato, abre-se nova discussão quando se trata de sociedade empresária em situação de dificuldade econômico-financeira que atua em setor especialmente regulado da economia nacional. Nestes casos, há por vezes a previsão de intervenção, seguida de liquidação extrajudicial pelo ente regulador competente, havendo certa discricionariedade para que o ente opte por meios não tradicionais para a recuperação de empresas que considera estratégicas para o setor regulado ou para a economia como um todo, fazendo com que sejam editadas leis específicas que autorizem sua intervenção direta na empresa em questão, fazendo-se substituir ao controlador originário, o que implica limitação à liberdade de empresa e/ou à livre concorrência.

É este o fenômeno que o presente trabalho se propõe a analisar, sendo que neste capítulo cuidaremos das formas de atuação das agências reguladoras, da noção de empresa estratégica e dos fundamentos para recuperação destas, notadamente sua função social.

Antes, porém, insta registrar que a regulação exercida pelas agências deve atender a certos objetivos, os quais enquadram-se no mesmo sistema operacional da intervenção. Assim, a sua atuação “orienta-se no sentido do absenteísmo, sem jamais atingi-lo completamente, sob pena de negar a sua existência, por ser, ela própria uma forma de ‘ação’ do Estado.”¹⁹⁴ O fenômeno a ser estudado, portanto, vai à contramão deste ideal.

Por fim, deve-se registrar que essa intervenção em prol do salvamento de algumas empresas, por vezes é praticada pelo governo, mesmo sem o intermédio de suas agências. É o que notamos ao constatar que “evitando a falência de muitas empresas privadas, assoberbadas pelas dívidas dos financiamentos, foram assumidas pelo governo, geralmente sob a alegação de evitar problemas sociais do tipo do desemprego e da desestruturação do respectivo setor.”¹⁹⁵ Isto ocorreu:

seguindo o princípio social da responsabilidade do Estado pela criação ou a manutenção de empregos, como também de não permitir que certos setores em mãos dos particulares sofressem com a paralisação de empresas inadimplentes, por incapacidade administrativa da própria iniciativa privada, acabaram sendo absorvidas em consequência de empréstimos não pagos aos Bancos do Estado, numa

¹⁹³ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 2º, II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

¹⁹⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 332.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 348.

distorção completa, tanto dos princípios ideológicos ‘liberais’, que apregoavam, quanto pelo pernicioso efeito político de se locupletarem por esse expediente, uma vez definitivamente absorvidas pelo Estado, foram ‘estatizadas’. Quando não, submeteram-se ao regime de ‘intervenção provisória’ e ‘saneamento’, voltando aos ‘antigos proprietários’, geralmente pagas pelo ‘lucro’ apurado em valorização inflacionária’.¹⁹⁶

Num movimento pendular, a maior parte dessas empresas estatizadas retornou posteriormente à iniciativa privada, porém devem ser observadas algumas regras de direito econômico, como a precaução e a irreversibilidade, a fim de que o Estado não se veja obrigado a assumi-las novamente, com consequente dilapidação do patrimônio público.¹⁹⁷

3.1 FORMAS DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A partir desta introdução, passamos à análise das formas de atuação das agências reguladoras. Como vimos, sua atuação estará atrelada às finalidades determinadas pela lei de sua criação, mas de maneira geral sua função é de disciplina e controle de certas atividades econômicas, sejam estas atividades compreendidas como serviços públicos propriamente ditos, como atividades passíveis de realização pelo Estado e por particulares no exercício da livre iniciativa ou ainda sobre atividades cuja realização pelos agentes privados depende de contrato com o Estado,¹⁹⁸ em suma, abrange atividades sensíveis pelas características inerentes ao seu próprio exercício. Nesse sentido,

em termos de uma perspectiva genérica, é pacífico que as autoridades reguladoras independentes são entidades concebidas para disciplinar determinados setores da economia, instruídas pelas ideias de neutralidade técnica, estímulo à concorrência, garantia à liberdade de empresa, estabilidade e segurança (jurídica e econômica). Prestam-se a disciplinar alguns dos mais importantes campos da economia, nos quais predominam situações de monopólio ou, quando menos, intenso exercício de poder de mercado.¹⁹⁹

Assim, por meio das agências “pratica-se habitualmente a ‘regulação’ como uma ‘interferência intencional’ para corrigir uma ‘interferência lateral’ e extinguir a

¹⁹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 365.

¹⁹⁷ Ibidem. p. 348-349.

¹⁹⁸ CUÉLLAR, Leila. **Agências reguladoras e seu poder normativo**. Dialética. p. 64.

¹⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e sanções administrativas** (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). In: GUERRA, Sérgio. (Coord.) **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 161-162.

‘externalidade’.²⁰⁰”, sendo que “o ‘ato regulador’ é de natureza originariamente política, pois que é expressão de Poder. Nessa posição, ‘politiza’ o ‘ato econômico’ na definição da ‘política econômica’”²⁰¹, tornando um ato jurídico político econômico relevante para o direito econômico. O exercício deste controle por meio de entes reguladores “tem por finalidade conter o exercício abusivo do poder econômico, em prestígio à livre iniciativa, à livre concorrência e à liberdade de empresa – bem como em razão da função social estabelecida constitucionalmente para tais liberdades.”²⁰² Cumpre verificar como se dá essa atuação.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec)²⁰³ sumariza de modo bastante didático as principais funções de uma agência reguladora, revelando ao mesmo tempo o modo pelo qual devem atuar. Em um primeiro momento, deve o regulador realizar o levantamento de dados sobre o mercado de atuação, para que passe à elaboração de normas disciplinadoras do setor regulado, com a consequente fiscalização do cumprimento dessas normas. Paralelamente, deve a agência atuar em prol da defesa de direitos do consumidor (não solucionando casos individuais, mas implementando mecanismos que visem à melhora da qualidade dos serviços no setor e sancionando os maus prestadores). Ainda, compete às agências a gestão de contratos de concessão de serviços públicos delegados e o incentivo à concorrência, de modo a minimizar os efeitos dos monopólios existentes e desenvolver mecanismos de suporte à concorrência.

Nesse panorama, a fim de concretizar a regulação, compete às agências empreender a mediação entre o público e o privado, a criação e estímulo, por meio da estipulação de mecanismo regulatório (estabelecimento), a administração, que engloba o processo de decidir, a natureza e a perspectiva de restrição quanto à eleição do formato de regulação e a execução, referente a métodos e dificuldades de vigilância, dependendo da existência ou não do poder de coerção do regulador sobre o regulado.²⁰⁴ Enfim, compete às agências realizar todo o circuito regulatório, que costuma implicar nas seguintes fases:

²⁰⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 339.

²⁰¹ Ibidem. p. 339.

²⁰² MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e sanções administrativas** (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). In: GUERRA, Sérgio. (Coord.) **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 164.

²⁰³ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Conheça o papel das agências reguladoras**. Disponível em: <<https://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/conheca-o-papel-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 09 out. 2017.

²⁰⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Op. cit. p. 341.

formulação das orientações de regulação; definição e operacionalização das regras; sancionamento dos transgressores; decisão dos recursos. Condensando e agregando esses diversos níveis, podem ser reunidos em três etapas essenciais: (a) a aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); (b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infracções.²⁰⁵

Em suma, às agências reguladoras são delegadas funções normativas, fiscalizatórias, sancionadoras e arbitrais, as quais Floriano de Azevedo Marques Neto²⁰⁶ ordena em seis espécies típicas de competências atribuídas a todo o regulador. Nessa classificação, à competência normativa corresponde à regulamentação propriamente dita da atividade regulada, por meio da edição de normas e padrões impostos aos agentes regulados, enquanto a competência adjudicatória envolve a emissão de comandos concretos para o adequado exercício da atividade regulada. Já a competência fiscalizatória implica acompanhamento e monitoração da compatibilidade entre o comportamento dos agentes regulados com os parâmetros adjudicados.

De outra parte, a competência sancionatória diz com a aplicação de sanções quando identificados comportamentos desconformes aos padrões estabelecidos. A competência arbitral, por sua vez, vem no sentido de dirimir e compor na esfera administrativa os conflitos entre os agentes de determinado setor. Por fim, a competência de recomendação ou orientação decorre do conhecimento específico do regulador que deve ser aproveitado como subsídio ao processo decisório estatal quando da edição de normas que recaiam sobre o setor regulado, como, por exemplo, políticas públicas voltadas àquele setor.

Cumprir registrar que a atividade dos reguladores é aquela em que “melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado.”²⁰⁷ Apesar deste fato, as competências de fiscalização e aplicação de sanções são essenciais à garantia da efetividade da atuação das agências, tendo em vista que o seu maior propósito é justamente o de coibir o abuso do poder econômico, de modo a promover à eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas e ainda, por meio de adequada

²⁰⁵ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 36-37.

²⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Pensando o controle da atividade de regulação estatal**. In: GUERRA, Sérgio. (Coord.) **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 214.

²⁰⁷ Ibidem. p. 202.

formulação contratual garantir o equilíbrio econômico-financeiro das empresas com as quais celebra contratos.²⁰⁸

Lembremos que o poder econômico é um dado fático, não imanente e que pode inibir tanto a liberdade de empresa quanto à livre concorrência, sendo conceituado como:

a capacidade de tomar decisões autônomas e implementar fatos e condutas que produzam efeitos econômicos (diretos ou indiretos, internos ou externos). Envolve a possibilidade e a capacidade de cogitar, decidir e agir, determinando o comportamento próprio e alheio na esfera das relações econômicas (mesmo sem imposição e mesmo por omissão).²⁰⁹

A esse respeito, “a História adverte que todo poder, livre de peias, degenera, naturalmente, em pura força, a serviço do seu titular. Compete, pois, ao Estado intervir no jogo econômico para evitar a degradação da função social das empresas.”²¹⁰. Justamente a fim de coibir esta degeneração e assegurar os objetivos constitucionalmente postos é que cabe à lei fixar os parâmetros de atuação das agências reguladoras, conferindo-lhes atribuições atinentes à regulação e à fiscalização dos serviços de determinado setor econômico, aí incluída a possibilidade de aplicação de penalidades, previamente previstas em lei e mediante procedimento administrativo, observadas as garantias da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LV, da constituição federal).²¹¹

Isto implica reconhecer uma vez mais que as agências devem respeito ao princípio da legalidade, estando a sua atuação adstrita à lei que as cria e à delegação de poderes que lhe é conferida, de modo que no exercício de seu poder normativo não podem as agências inovar primariamente no ordenamento jurídico, nem criar ou aplicar sanções sem anterior previsão legal.²¹²

Ainda com relação ao papel punitivo das agências, deve-se advertir que este “deve ser marcadamente preventivo”²¹³, visto que “as sanções administrativas têm uma natureza

²⁰⁸ MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. In: _____ (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 21.

²⁰⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e sanções administrativas** (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). In: GUERRA, Sérgio. (Coord.) *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 168.

²¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 396.

²¹¹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 21.

²¹² *Ibidem*. p. 22.

²¹³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. p. 196.

eminentemente preventiva e secundariamente retributiva”²¹⁴, ou seja, devem precipuamente coibir a prática de ilícitos, mas de modo secundário também imputar sofrimento específico àquele que cometeu o ilícito. Ademais, “o conteúdo material da competência sancionatória tem relação imediata com a sua razão formal: saberá aplicar a sanção adequada aquele que maiores conhecimentos detiver e que mais interagir naquele setor específico”²¹⁵, isto porque o regulador é aquele que com mais propriedade poderá avaliar qual a sanção apta a produzir os efeitos almejados, ou seja, terá mais fundamentos para ponderar se há maior efetividade na aplicação de uma multa ao agente que perpetrou a conduta ilícita ou se a suspensão das atividades por determinado período é que será capaz de produzir os efeitos desejados.

De modo sistematizado, as competências concretas das agências reguladoras englobam o desenvolvimento e a implementação de normas secundárias a fim de disciplinar a conduta dos agentes do respectivo setor regulado, bem como a estipulação e/ou o controle das tarifas e dos preços das atividades reguladas e dos bens e serviços produzidos no âmbito daquela regulação específica, além da promoção e proteção da concorrência do respectivo setor, que pode ser efetiva ou simulada nos casos de monopólios, e a composição de conflitos entre os agentes do setor e entre estes e os consumidores²¹⁶, sem olvidar da adequada formulação de cláusulas contratuais, o que por vezes traz maior segurança jurídica do que a própria edição de normas setoriais.

Por fim, rememoremos que a regulação perpetrada pelas agências é um dos meios de intervenção estatal no domínio econômico e objetiva simultaneamente “assegurar as condições de exploração de uma dada atividade econômica e à consecução de objetivos públicos consentâneos com os princípios da ordem econômica inscritos na Constituição.”²¹⁷ Com isto, passaremos à exposição da noção de empresa estratégica.

3.2 NOÇÃO DE EMPRESA ESTRATÉGICA

Não há no ordenamento jurídico brasileiro uma definição precisa do que seja considerada uma empresa estratégica. Buscaremos aqui subsídios que auxiliem no processo

²¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e sanções administrativas** (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). In: GUERRA, Sérgio. (Coord.) *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 187.

²¹⁵ Ibidem. p. 183.

²¹⁶ Ibidem. p. 162.

²¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Pensando o controle da atividade de regulação estatal**. In: GUERRA, Sérgio. (Coord.) *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 211.

de identificação de uma noção de empresa estratégica, uma vez que é sob o argumento de serem estratégicas as empresas que sobre estas recam intervenções por parte do Estado com o objetivo de promover seu salvamento, diante dos alegados impactos deletérios que eventual falência traria para o mercado, para os consumidores, para a sociedade como um todo e especialmente para o mercado de trabalho.

Inicialmente podemos fazer uma aproximação da noção de empresa estratégica com a de empresa dominante, esta sim reconhecida e regulada no direito brasileiro. Nesse tocante, importa lembrar que o chamado efeito de dominação nada mais é do que o exercício de uma influência irreversível, ou parcialmente irreversível, praticada por uma unidade empresarial sobre outra, sendo que “esse ‘efeito’ se consolida pela sua dimensão, o seu poder de negociação, a natureza de sua atividade, ou pelo fato de pertencer à área de atividade econômica dominante.”²¹⁸

A posição dominante decorre do “crescimento continuado das empresas dentro do seu setor, ou no mercado, de modo geral”²¹⁹, o que gera uma situação de domínio de umas sobre as outras, culminando na possibilidade de controle do mercado. Assim, “habitualmente se considera a ‘concentração’ formando-se por ‘acumulação de capital’, por ‘controle financeiro’, ‘patrimonial’ ou pelo ‘controle do mercado’”²²⁰.

A situação de domínio compromete a livre concorrência e acaba por influir no poder político, gerando distorções, “por sua vez, o legislador busca modos de impedir os aspectos negativos dos ‘efeitos de dominação’ por meio de limites mensuráveis da dimensão da empresa, de modo a que ocupe ‘posição dominante’ em relação às concorrentes ou no ‘mercado relevante’”²²¹.

A condição de empresa dominante interessa ao direito, na medida em que a acumulação de poder econômico por determinado agente costumeiramente afeta negativamente a livre-concorrência e causa prejuízos aos consumidores. O meio mais objetivo de aferir a condição de empresa dominante consiste na observação de sua estrutura e da fatia de mercado relevante que ocupa.

Historicamente duas são as abordagens principais quanto à defesa da livre concorrência a partir da estrutura empresarial. A primeira delas advém da Escola de Harvard ou estruturalista, segundo a qual é importante evitar as excessivas concentrações de poder no

²¹⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 303.

²¹⁹ Ibidem. p. 309.

²²⁰ Ibidem. 311.

²²¹ Ibidem. 303-304.

mercado, na medida em que estas tendem a gerar disfunções ao fluxo de relações econômicas. Com isto, recomenda-se a manutenção e o aumento do número de agentes econômicos, privilegiando uma estrutura organizacional pulverizada. Neste panorama, “a principal ação das autoridades antitruste deveria estar no controle – preventivo – das estruturas de mercado, visto que a criação, ou o exercício, de poder de mercado decorreria basicamente do aumento do grau de concentração do mercado.”²²²

De outra parte, a Escola de Chicago deixa de lado a presunção de prejuízos decorrentes de uma estrutura concentrada e utiliza-se da análise de eficiência alocativa de mercado, avaliando os benefícios aos consumidores propiciados pela arquitetura dos processos produtivos do agente econômico, seja ele monopolista ou sujeito à competição²²³, uma vez que as economias de escala e eficiências econômicas podem ser benéficas aos consumidores e à sociedade no geral.

Contemporaneamente, especialmente em jurisdições sensíveis aos casos de abuso de posição dominante, como o Brasil, conjugam-se as duas teorias, de modo que parte-se da presunção de dano decorrente do exercício de posição dominante próprio da Escola de Harvard para que posteriormente seja empreendida análise das concentrações e eventuais eficiências alocativas, em linha com a Escola de Chicago²²⁴.

Nesse contexto, em determinados setores econômicos, como o de telecomunicações, “é preciso reconhecer que algum nível de concentração pode ser importante mesmo na perspectiva dos objetivos democráticos visados com a regulação.”²²⁵. A partir desses registros, importa lembrar que a constituição brasileira impõe a repressão do abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros²²⁶, delegando à lei a disciplina da matéria.

No âmbito legal identifica-se a previsão constante do art. 20, §3º, da Lei nº 8.884/1994²²⁷ repetida quando da edição da Lei nº 12.529/2011²²⁸ em seu art. 36, §6º, de que

²²² GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

²²³ Ibidem. p. 82.

²²⁴ Ibidem. p. 81.

²²⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 15.

²²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 173, §4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²²⁷ “Art. 20 (...) § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”. BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

se presume em posição dominante a empresa ou grupo de empresas que controle vinte por cento ou mais do mercado relevante, sendo este percentual passível de alteração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em setores específicos. O diploma legal mais recente ainda incluiu na definição de posição dominante aquelas empresas com capacidade de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado, enquanto que, por meio da Portaria Interministerial nº 50, de 1º de agosto de 2001²²⁹, foi editado guia para a análise econômica de atos de concentração horizontal, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados, bem como transparência e celeridade aos respectivos procedimentos administrativos.

Consoante a disciplina legal, portanto, para que se identifique o exercício de posição dominante por determinado agente econômico importa verificar a existência de “barreiras à entrada e dificuldade ou impossibilidade de substituição (isto é, no caso de um aumento significativo e não transitório de preços por parte do agente com posição dominante, não há opção de oferta alternativa para o consumidor ou cliente)”.²³⁰

Assim sendo, empresas ou grupos empresarias que exercem posição dominante em determinado mercado são estratégicos para a conformação do setor econômico em que atuam e merecem atenção dos reguladores setoriais, bem como das normas antitruste, a fim de que possa ser coibido, por meio do direito, o abuso do poder econômico e a prática de condutas prejudiciais à livre concorrência, aos consumidores e trabalhadores afetados pela sua atuação.

De outra parte, também podemos considerar abrangidas pela alcunha “empresa estratégica”, as empresas nacionalizadas ou estatizadas em razão desta condição. É o que se passa com

empresas privadas brasileiras que passaram ao domínio ou ao controle do Governo, o que sucedeu, ou por serem julgadas de importância para a segurança nacional e o desenvolvimento de determinado setor econômico ou, na maioria dos casos, por insolvência, especialmente para com estabelecimentos de crédito governamentais,

²²⁸ “Art. 36 (...) § 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.” BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 15 out. 2017.

²²⁹ BRASIL. **Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view>. Acesso em: 11 out. 2017.

²³⁰ GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

como o Banco do Brasil, o Banco de Desenvolvimento Econômico e assim por diante. Em lugar de sofrerem os efeitos da falência, foram encampadas sob alegação das consequências sociais que adviriam da interrupção de suas atividades no mercado de trabalho.²³¹

Se no primeiro caso (imperativo de segurança nacional) há fundamento constitucional para a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (vide art. 173, CF), no segundo há que se verificar se há, de fato, elementos suficientes a justificar esta solução em detrimento da falência. É o que faremos no tópico seguinte.

Antes porém merece breve registro a definição de “systemically important and systemic importance” positivada no Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Sec. 803. Definitions - 9)²³², segundo a qual as expressões designam a situação em que a falência ou quebra de determinada instituição ameaça a estabilidade do sistema financeiro dos Estados Unidos da América, em razão da disseminação de problemas de crédito ou liquidez entre instituições financeiras e mercados²³³. O advento deste ato decorre diretamente da crise global de 2008 e a definição é de extrema importância, posto que sobre as companhias qualificadas como “systemically important” recaem uma série de controles e obrigações a fim de mitigar os riscos à estabilidade financeira e evitar a necessidade de futuros salvamentos por parte do governo americano.

Editado em 2010, o Dodd-Frank Act, teve como objetivo primordial a promoção da estabilidade financeira do país por meio de ações que aumentassem a responsabilidade e a transparência no sistema financeiro, visando acabar com empresas grandes demais para falir (as conhecidas *too big to fail*), de modo a proteger os contribuintes ao evitar a necessidade de futuros resgates de companhias em situação de crise, além de proteger os consumidores de práticas abusivas.

Ressalte-se que na expressão “*too big to fail*” o termo *big* ou *grande* não diz somente com o tamanho da empresa, mas, sim, com a sua essencialidade para a economia global, fato

²³¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 307.

²³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**. Sec. 803. Definitions – 9. Disponível em <<https://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²³³ Definição original: “(9) SYSTEMICALLY IMPORTANT AND SYSTEMIC IMPORTANCE.—The terms “systemically important” and “systemic importance” mean a situation where the failure of or a disruption to the functioning of a financial market utility or the conduct of a payment, clearing, or settlement activity could create, or increase, the risk of significant liquidity or credit problems spreading among financial institutions or markets and thereby threaten the stability of the financial system of the United States.”

que implica reconhecer que sua falência traria grande impacto para o contexto econômico em que inserida²³⁴, o que pode significar arruinar a estabilidade financeira de um país.

Dentre as medidas previstas no Dodd-Frank Act, pode-se citar a criação da Council Authority²³⁵. O Conselho tem como funções a identificação dos riscos atuais à estabilidade financeira do país decorrentes da atividade de grandes empresas (sejam elas caracterizadas como instituições financeiras ou não); a promoção da disciplina no mercado, com a eliminação de expectativas de que estas companhias pudessem ser protegidas pelo governo em caso de falência; e ainda a adoção de práticas responsivas às ameaças emergentes à estabilidade do sistema financeiro estadunidense.

Este relato faz-se importante na medida em que a noção de “systemically important” oferece parâmetro para a identificação do que pode ser considerada uma empresa estratégica, ou seja, uma empresa cuja falência traria prejuízos de grande monta, desestabilizando o contexto econômico em que inserida, bem como revela a possibilidade de adoção de medidas preventivas, a fim de evitar a necessidade de novas intervenções estatais para recuperação de empresas nestas condições.

Por fim insta reiterar que sob qualquer dos parâmetros citados a caracterização de uma empresa como estratégica decorre diretamente de sua função social e relevância para o contexto em que inserida, posto que a “falência é um fenômeno que atinge não somente a esfera jurídica, mas também a esfera social e econômica em que uma organização empresarial encontra-se inserida.”²³⁶ Isto porque na sociedade contemporânea, a sociedade empresária é instituição de grande relevância, em razão de sua influência, dinamismo e poder de transformação, na medida em que garante a subsistência de grande parcela da população ativa por meio da organização do trabalho assalariado, é responsável por prover a maioria dos bens e serviços consumidos, bem como parte significativa das receitas fiscais do Estado, além de impactar investidores, fornecedores e prestadores de serviços²³⁷.

Deste modo, organizando as ideias aqui aduzidas temos que uma empresa pode ser considerada estratégica em função de sua caracterização como empresa dominante, em razão

²³⁴ AMADEO, Kimberly. **What Does Too Big to Fail Mean?** 13 set. 2017. The Balance. Disponível em: <<https://www.thebalance.com/too-big-to-fail-3305617>>. Acesso em 09 out 2017.

²³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**. Sec. 112. Council Authority. Disponível em <<https://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²³⁶ SANTOS, Roseli Rêgo. Considerações sobre a função social da empresa no regime brasileiro de insolvência empresarial. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**; n. 110 (2009): Agosto. p. 3. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/754>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da propriedade dos bens de produção**. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva: 1995, p. 3.

de sua importância para a segurança nacional, para o desenvolvimento de determinado setor econômico ou pelos impactos que sua falência traria para o contexto econômico em que inserida, sendo relevante em todas estas perspectivas a função social por ela exercida e o impacto de sua atividade para determinada coletividade.

3.3 PREVISIBILIDADE, FUNÇÃO SOCIAL E FUNDAMENTOS PARA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EM SETORES REGULADOS À LUZ DA (IN)SUFICIÊNCIA DE SOLUÇÕES DE MERCADO

Neste momento importa verificar os fundamentos aptos a justificar a recuperação de empresas em setores regulados da economia nacional por meio de intervenção estatal. Inicialmente registra-se que o mercado “é uma ordem, no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas²³⁸”. Assim, a atuação das sociedades empresárias é sempre pautada pela previsibilidade das regras de funcionamento do mercado em que operam, de modo que alterações ou intervenções não previstas ou não antecipadas geram insegurança aos agentes econômicos, afetando negativamente a economia.

A necessidade de previsibilidade ou *le besoin de calcul de prévision* decorre do fato de que os agentes econômicos, inseridos em um mercado extremamente complexo e visando à acumulação de capital “necessitam de uma justiça e de uma administração cujo funcionamento possa ser, em princípio, calculado racionalmente.”²³⁹ Daí porque “a tarefa primordial do Estado é a criação de uma ordem jurídica que torne possível o cumprimento das obrigações contratuais e calculável a expectativa de que essas obrigações serão cumpridas.”²⁴⁰

Nesta ótica resta claro que intervenções estatais desconformes às regras instituídas acabam por gerar insegurança e desconfiança aos agentes econômicos, o que implica reconhecer que uma intervenção estatal para recuperação de determinada empresa demanda a existência de regras prévias contendo esta possibilidade de ação ou fundamentos de extrema relevância para a sociedade. Assim, poder-se-ia cogitar do interesse público como fundamento primordial para recuperação de empresas em setores regulados da economia, mas é preciso lembrar que interesse público é noção vaga e dúctil, de modo que sobre o conceito:

²³⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 28.

²³⁹ Ibidem. p. 30.

²⁴⁰ Ibidem. p. 32.

o máximo que conseguiremos será bosquejar formulações genéricas do tipo: ‘interesse público é aquele pertencente a todos e cada um’, ‘é o interesse coletivo que transcende a soma dos interesses individuais’, ou, então, de forma um pouco mais sofisticada, mas ainda insuficiente, dizer que é ‘o conjunto de interesses devido por cada membro da coletividade por a ela pertencer’. Tais fórmulas, mesmo as mais elaboradas, não deixam de ser recursos retóricos que não elidem o fato de que tal noção é dúctil, vazia, genérica e abstrata. Um verdadeiro axioma, diante do qual, na impossibilidade de conhecer, há que acreditar.²⁴¹

Ao contrário do interesse público, talvez o fundamento de maior relevância e apto a justificar intervenções em prol da recuperação de empresas à luz do ordenamento jurídico pátrio, seja a funcionalização da propriedade e, por consequência, da atividade empresária. Há que se reconhecer que contemporaneamente, a função social é elemento constitutivo da propriedade, sem o qual esta resta desprovida de proteção jurídica, senão vejamos:

a função social é um elemento constitutivo do direito de propriedade. Na medida em que o ordenamento só protege o bem cuja função social é concretizada e, ainda, impõe a perda coercitiva da propriedade, deixou de ser condição para o exercício e passou a se constituir elemento integrante do direito. Em outras palavras, só existe direito de propriedade (ou seja, só existe propriedade juridicamente protegida) na hipótese de a sua função social ser cumprida pelo titular do bem, o que se evidencia até mesmo pelas sanções dispostas na ordem jurídica para os casos em que for inobservada.²⁴²

Já o art. 5º da Constituição deixa claro que é garantido o direito de propriedade (XXII), desde que observada a sua função social (XXIII)²⁴³, sendo que ao enunciar os princípios regentes da ordem econômica repete-se a menção à propriedade privada e à função social da propriedade (art. 170, II e III²⁴⁴). Novamente o art. 182 do diploma constitucional cuida da função social da propriedade, esclarecendo que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no

²⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSATIS, Guilherme Jardim (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores. p. 388.

²⁴² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2009. p. 1001.

²⁴³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

²⁴⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade;

plano diretor.”²⁴⁵. Por sua vez, o art. 185, em seu parágrafo único²⁴⁶, pontua que a lei deve fixar normas para o cumprimento dos requisitos relativos à função social da propriedade produtiva, enquanto o art. 186²⁴⁷ lista os requisitos para o atingimento da função social da propriedade rural.

Assim sendo, também a empresa (atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços²⁴⁸) deve ser funcionalizada, posto que quando os bens são incorporados a uma exploração empresarial, a função social da propriedade passa a traduzir-se como o poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.²⁴⁹ Neste panorama, o dever social da empresa diz com a obrigação de que esta atue em conformidade com os interesses da sociedade em que inserida, tendo em vista que “as decisões, que adota – como vimos – têm repercussão que ultrapassam de muito seu objeto estatutário, e se projetam na vida da sociedade como um todo. Participa, assim, o poder empresarial do interesse público, que a todos cabe respeitar.”²⁵⁰

Este dever é inclusive positivado no ordenamento jurídico pátrio como se denota da redação do art. 154 da Lei nº 6.404/1976 que regulamenta as sociedades por ações. Nos termos deste dispositivo “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”²⁵¹.

Do mesmo modo, o parágrafo único do art. 116 do mesmo diploma legal determina que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais

²⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 1º, IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

²⁴⁶ Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

²⁴⁷ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

²⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Art. 966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da propriedade dos bens de produção**. In Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva: 1995, p. 34.

²⁵⁰ LAMY FILHO, Alfredo. **A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 190, out./dez. 1992. p. 58.

²⁵¹ BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Art. 154. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”²⁵²

Ainda a Lei nº 11.101/2005 que disciplina a recuperação e falência da sociedade empresária, como já visto, menciona a preservação da função social da empresa como um dos objetivos aptos a justificar sua recuperação²⁵³. Há que se avaliar, portanto, em que consiste a função social da empresa. Para tanto:

Não se pode tratar a empresa como uma mera coadjuvante dentro do desenvolvimento pleno de uma sociedade. Através dela, a economia se desenvolve, e, conseqüentemente, empregos são criados, tributos são devidos ao Estado, que direcionará o valor arrecadado, para a prestação de serviços e utilidades públicas, melhora-se a qualidade de vida e o poder aquisitivo da classe média baixa, fortalece-se a economia e cria-se maior segurança para investimento no país, estabelecendo, dessa forma, desenvolvimento amplo, não se restringindo apenas ao setor empresarial.²⁵⁴

A funcionalização da empresa, portanto, “decorre do condicionamento da atividade econômica à justiça social e assume o papel de fundamento que confere unidade de sentido aos demais princípios”²⁵⁵. Lembre-se que a finalidade da ordem econômica constitucional é a de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim a funcionalização da empresa revela o compromisso e as responsabilidades da empresa para com a sociedade, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em linha com os objetivos fundamentais da República e reinserindo a solidariedade social na atividade econômica. De fato, “o dever social da empresa é, também, um compromisso permanente com a reumanização da economia”²⁵⁶

Não se admite, segundo o art. 170, que a liberdade de empresa seja considerada uma função individual do empresário, que só a ele traga benefícios. A existência digna, nos termos da Constituição, está condicionada a uma justiça social. Nessa perspectiva, é inadmissível o exercício da liberdade econômica que permita apenas o

²⁵² BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Art. 116, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

²⁵³ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 47. Disponível em: <>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁵⁴ MENDES, Frederico Ribeiro de Freitas. A concretização da Função Social da Empresa pela sua atividade-fim. In: **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre: Magister, 2012 (out/nov), nº 47, p.57.

²⁵⁵ SANTOS, Roseli Rêgo. Considerações sobre a função social da empresa no regime brasileiro de insolvência empresarial. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**; n. 110 (2009): Agosto. p. 10. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/754>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁵⁶ LAMY FILHO, Alfredo. **A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 190, out./dez. 1992. p. 59.

crescimento das riquezas, sem permitir a sua distribuição entre os indivíduos que contribuíram com o mesmo, através do trabalho.²⁵⁷

Registre-se que a função social da empresa não se contrapõe ao objetivo de acumulação de capital, visto que “a empresa exerce sua função social através dos ganhos sociais gerados a partir de sua própria organização, redundante do arranjo contratual e/ou complexo de direitos, que lhe deve ser própria.”²⁵⁸ Importa reconhecer, portanto, a empresa como um ente produtivo capaz de promover a “circulação de bens e serviços, a geração de riquezas, a criação e manutenção de empregos, de satisfazer as necessidades socialmente úteis, de servir como fonte pagadora de tributos e como um meio de desenvolvimento de novas tecnologias”²⁵⁹.

Desse modo, pode-se afirmar que a empresa que for comprometida com o desenvolvimento tecnológico, econômico e social, para o qual se exige investimento em novas tecnologias e criação e manutenção de postos de trabalho, com a consequente geração e distribuição de renda, tem inserida na sua função o seu papel social, qual seja, a manutenção destes aspectos²⁶⁰.

Nesta linha, a empresa que opera com lucros, cooperando para a circulação de riquezas, a movimentação econômica, bem como para a criação e manutenção de postos de trabalhos e ainda recolhe os impostos devidos e observa às normas trabalhistas, ambientais e consumeristas será uma empresa que cumpre com sua função social. Uma vez cumpridos estes requisitos, certamente, o exercício da atividade econômica auxiliará na proteção e na concretização de direitos fundamentais.

É frente a esta relevância que a empresa tem na sociedade contemporânea, que se justifica a sua manutenção via expedientes de recuperação, porém antes de se tomar a decisão pela recuperação de determinada empresa cumpre avaliar aspectos como:

o impacto do encerramento da atividade na comunidade onde a empresa exerce influência e a sua importância em relação aos concorrentes, que determinam a aplicação dos princípios da liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Em outros

²⁵⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 2003, volume 810, ano 98, p.43.

²⁵⁸ CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Breves anotações sobre a função social da empresa. **Latin American and Caribbean Law and Economics Associations (ALACDE) Annual Papers**. 29 mai. 2007. Disponível em <<https://escholarship.org/uc/item/7cv0612m>>. Acesso em: 11 out. 2017.

²⁵⁹ SANTOS, Roseli Rêgo. Considerações sobre a função social da empresa no regime brasileiro de insolvência empresarial. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**; n. 110 (2009): Agosto. p. 5. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/gradu/article/view/754>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁶⁰ CARVALHO NETO, F. C.; PASSARELLI, R. P. **A função social da empresa**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 175-199, jul./dez. 2016. p. 178.

termos, é necessário que a reorganização e o funcionamento da empresa seja importante para a economia local, regional ou nacional que justifique suportar os ônus associados à qualquer medida de recuperação.²⁶¹

É também necessário avaliar a viabilidade econômica da empresa, que restará caracterizada quando mecanismos como a renegociação das dívidas, modificações societárias ou realização de parcerias empresárias forem suficientes para viabilizar a retomada sustentável da atividade empresária pelo agente econômico. Se viável e relevante a atividade empresária sua recuperação se justificará para atender o interesse econômico e social “sendo possível eliminar o empresário ao mesmo tempo em que a empresa é conservada. Nesse sentido, ela será transferida a um agente econômico idôneo que possa aproveitar os recursos organizados e valorizados pelo antigo empreendedor.”²⁶²

Não se deve olvidar que “a possibilidade de recuperação de empresas viáveis ou de preservação da atividade constitui uma medida de proteção aos trabalhadores que contribui para a efetivação do princípio constitucional da busca do pleno emprego²⁶³”, como positivado no art. 170, VIII, corroborando a valorização do trabalho humano que é fundamento da ordem econômica constitucional. Há mesmo quem defenda que mediante a função social da empresa se pode desenvolver “um sistema de checagem do cumprimento das obrigações trabalhistas, capaz de frear a síndrome de descumprimento das normas trabalhistas, bem como viabilizar a promoção da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.”²⁶⁴

Nesse sentido “restringir ou abandonar a liberdade econômica é uma atitude aceita ou mesmo bem-vinda se, dessa forma, a ameaça de desemprego, o perigo de uma crise econômica ou os riscos de sacrifícios econômicos puderem ser menos iminentes.”²⁶⁵, mas tão somente se configurada alguma destas situações.

A intervenção estatal para recuperação de empresas em setores regulados da economia somente se justifica, portanto, em razão da função social da empresa, considerando os impactos que sua quebra acarretaria para o mercado de trabalho ou para a organização da

²⁶¹ SANTOS, Roseli Rêgo. Considerações sobre a função social da empresa no regime brasileiro de insolvência empresarial. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**; n. 110 (2009): Agosto. p. 15. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/754>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁶² Ibidem. p. 12

²⁶³ Ibidem. p. 15.

²⁶⁴ SANTOS DE SOUSA CARMO, Patrícia. **Função social da empresa**: instrumento de efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas e do valor social do trabalho. *Revista de Direito*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 171-192, maio 2014. ISSN 2527-0389. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/61>>. Acesso em: 12 out. 2017. p. 187

²⁶⁵ DRUCKER, Peter Ferdinand. **A sociedade**. São Paulo: Nobel. 2001. p. 31.

economia, dado que a insolvência empresarial gera reflexos socioeconômicos para inúmeros atores, como os fornecedores, clientes e empregados, sendo que:

A mundialização da economia, a interdependência existente entre diversas atividades produtivas e as redes de conexões estabelecidas entre agentes econômicos agravam ainda mais os efeitos que a quebra de determinados organismos empresariais ocasionam à sociedade e podem gerar uma reação em cadeia e provocar uma desarmonia com repercussão na economia em geral.²⁶⁶

De outra parte, empresas ineficientes, inexpressivas ou inaptas não devem ser recuperadas, sob pena de desgaste dos demais agentes econômicos, bem como do aumento dos custos sociais²⁶⁷. Assim, qualquer intervenção estatal nesse sentido não poderá ser considerada legítima.

Em suma, o funcionamento do mercado pressupõe previsibilidade e a intervenção estatal para recuperação de empresas somente se justificará quando houver autorização normativa prévia para esta atuação que deve ter lugar apenas em prol da manutenção da função social da empresa, quando verificada a relevância desta para o contexto econômico em que inserida, bem como sua viabilidade financeira.

Isto porque a empresa funcionalizada possui grande relevância social, posto que é responsável pelo oferecimento de empregos, contribuindo para a valorização do trabalho humano e para a busca do pleno emprego, é responsável pelo recolhimento de impostos e contribuições sociais e pela produção de bens e serviços que suprirão as necessidades humanas e promoverão o desenvolvimento sócio-econômico. Ou seja, a atividade empresarial conjuga interesses de consumidores, concorrentes, sócios, investidores, empregados, fornecedores, Estado e sociedade.²⁶⁸ Com esses pressupostos em mente, passar-se-á à análise do contexto em que se desenvolve a intervenção do Estado para recuperação de empresas em setores regulados da economia brasileira.

²⁶⁶ SANTOS, Roseli Rêgo. Considerações sobre a função social da empresa no regime brasileiro de insolvência empresarial. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**; n. 110 (2009): Agosto. p. 4. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/754>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁶⁷ Ibidem. p. 14.

²⁶⁸ Ibidem. p. 10.

4 ANÁLISE DA INTERVENÇÃO RECUPERACIONAL EM SETORES REGULADOS DA ECONOMIA BRASILEIRA

Como vimos ao longo deste trabalho, a Constituição busca uma situação de harmonia entre os agentes econômicos, sendo que para o bom funcionamento do mercado, este deve contar com um número expressivo de agentes econômicos que atuem em situação de relativa igualdade. Isso porque quando um dos agentes detém poder desproporcional, muito superior aos demais, configura-se situação tendente à concentração de poder econômico, levando à produção de efeitos diversos dos normalmente atingidos sob uma situação de relativo equilíbrio entre os concorrentes do mercado²⁶⁹, efeitos esses prejudiciais à sociedade.

A concentração de poder econômico por determinado agente pode ocorrer de forma natural ou artificial (mediante concentração empresarial), e deve-se lembrar que em nosso sistema jurídico “o poder econômico não é em si mesmo valorado de forma negativa, até porque se coloca como pressuposto da ordem econômica positivada”²⁷⁰, sendo apenas condenado o abuso do poder econômico, que se configura pelas ações capazes de tornar o exercício da livre iniciativa incompatível com os fins e princípios consagrados no artigo 170 da constituição.

Nesta ótica, a atuação das agências reguladoras, bem como a disciplina antitruste, visa assegurar que esse cenário de relativo equilíbrio seja viabilizado, já que “o desicionismo político associado ao poder econômico cria um enorme risco de captura das instâncias políticas e regulatórias pelo poder econômico. É necessária, então, a clara definição de um substrato valorativo social capaz de limitar esse risco.”²⁷¹.

Este substrato valorativo, como demonstrado, é encontrado na ordem econômica constitucional, e implica que a atuação do Estado Regulador ocorra com maior intensidade em setores econômicos que desenvolvem atividades consideradas como essenciais ou sensíveis à população em geral. Neste grupo de atividades, podemos incluir os serviços públicos, na medida em que estes são considerados como necessários ou essenciais, demandando regulação para que sejam assegurados e, em razão de possuírem características tendentes ao

²⁶⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 264.

²⁷⁰ FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 76.

²⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2008. p. 48.

monopólio, a regulação faz-se imprescindível para proteção do público contra exploração, ao mesmo tempo que permita o desfrute da eficiência da forma de monopólio sob tais condições.²⁷²

Diante dessas premissas, neste derradeiro capítulo analisar-se-á o fenômeno da intervenção estatal para recuperação de empresas estratégicas em setores regulados da economia nacional à luz de casos concretos, tendo por base um recorte que permitirá avaliar a adequação ou não das medidas adotadas frente ao arcabouço constitucional e os fundamentos previamente identificados como legitimadores para esta atuação. Antes desse estudo, lembremos apenas que “a possibilidade de crítica às ações e políticas de governo não é apenas reveladora de possíveis erros, mas pode indicar caminhos alternativos a partir de uma base de conhecimento externa ao agente público que toma a decisão.”²⁷³

4.1 INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, COMPANHIAS SEGURADORAS E OPERADORAS DE SAÚDE: INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL PELO BACEN, SUSEP E ANS

Inicialmente propõe-se a análise dos mecanismos de intervenção e liquidação extrajudicial positivados no ordenamento jurídico para as instituições financeiras, companhias seguradoras e operadoras de saúde pelos respectivos entes reguladores, na medida em que previstos com maior anterioridade no ordenamento jurídico pátrio.

Começamos então com as instituições financeiras e a atuação do Banco Central do Brasil (Bacen). A essencialidade da atividade financeira resta evidente quando considerado que:

O crédito é essencial para dar vida a qualquer sistema econômico, pois funciona como um elemento de propulsão do mecanismo de circulação de riquezas, preservando as relações empresariais e o desenvolvimento da economia. Sem o instituto do crédito, a atividade empresária encontraria sérias limitações para se expandir, por isso, o funcionamento normal do sistema creditício é um elemento fundamental na organização econômica.²⁷⁴

²⁷² SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 336.

²⁷³ FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 12.

²⁷⁴ SANTOS, Roseli Rêgo. Considerações sobre a função social da empresa no regime brasileiro de insolvência empresarial. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**; n. 110 (2009): Agosto. p. 16. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/754>>. Acesso em: 12 out. 2017.

A importância do bom funcionamento do sistema creditício é tamanha que sua desestruturação pode desestabilizar toda a economia de determinado país, de modo que a estruturação e regulação do sistema financeiro nacional levou à edição da Lei nº 4.595, já em 31 de dezembro de 1964. Como visto, por meio desta lei foi criado o Bacen com estrutura de autarquia federal, personalidade jurídica, patrimônio próprio (art. 8º) e competência privativa para conceder autorização às instituições financeiras para que possam funcionar no país, instalar ou transferir suas sedes ou dependências inclusive no exterior, realizar transformações societárias, alterar seus estatutos, ou realizar a transferência de seu controle acionário (art. 10, X), competindo também ao Bacen o exercício da fiscalização das instituições financeiras e consequente aplicação das penalidades normativamente previstas²⁷⁵.

É ainda atribuída ao Bacen a regulação das condições de concorrência entre as instituições financeiras, com o fim de coibir eventuais abusos e penalizar as infrações identificadas. (art. 18, § 2º). Deve-se notar que nos termos da legislação, instituições financeiras são “as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.”²⁷⁶.

Já neste diploma legal constou a previsão de que as instituições financeiras públicas não federais e as privadas sujeitar-se-iam à intervenção pelo Bacen ou à liquidação extrajudicial, nos termos da legislação vigente, sendo vedada a impetração de concordata por estes sujeitos (art. 45). Posteriormente, adveio a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a fim de disciplinar os institutos da intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

Em linha com o disposto na legislação anterior, a aplicação da Lei nº 6.024/1974 estende-se às instituições financeiras privadas, às públicas não federais e também às cooperativas de crédito, competindo ao Bacen a decretação de intervenção ou de liquidação extrajudicial.²⁷⁷ Assim,

²⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Art. 8º e 10, IX e X. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

²⁷⁶ Ibidem. art. 17

²⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 6.024 de 13 de março de 1974**. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

Art . 2º Far-se-á a intervenção quando se verificarem as seguintes anormalidades nos negócios sociais da instituição:

I - a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores;

II - forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização;

III - na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial.²⁷⁸

A intervenção poderá ser decretada de ofício pelo Bacen ou por solicitação dos administradores da instituição (art. 3º), sendo que o período de intervenção não deve exceder seis meses, havendo a possibilidade de uma única prorrogação por até novo período de seis meses (art. 4º). Quando decretada a intervenção, o interventor nomeado pelo Bacen assume plenos poderes de gestão (art. 5º), e restam suspensas a exigibilidade das obrigações vencidas, bem como a fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas, além de tornarem-se inexigíveis os depósitos existentes à data de sua decretação (art. 6º).

Somente findará a intervenção quando a situação se houver normalizado, de acordo com juízo do Bacen, quando os interessados apresentaram condições suficientes para o prosseguimento das atividades econômicas da empresa ou quando decretada a liquidação extrajudicial ou falência da entidade (art. 7º). Para as instituições financeiras, admite-se a falência somente quando o seu ativo não for suficiente para cobrir nem metade do valor dos créditos quirografários ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares (art. 21).

Já a liquidação extrajudicial pode ser decretada em razão do comprometimento da situação econômico-financeira da instituição, quando houver grave violação das normas legais e estatutárias por parte da administração ou quando for cassada a autorização de funcionamento e nos noventa dias seguintes à cassação a administração não houver iniciado a liquidação ordinária (art. 15).

Verifica-se preocupação do legislador com a função social da empresa e a preservação da atividade econômica na dicção do art. 31 do dispositivo legal, segundo o qual:

Art . 31. No resguardo da economia pública, da poupança privada e da segurança nacional, sempre que a atividade da entidade liquidanda colidir com os interesses daquelas áreas, poderá o liquidante, prévia e expressamente autorizado pelo Banco Central do Brasil, adotar qualquer forma especial ou qualificada de realização do ativo e liquidação do passivo, ceder o ativo a terceiros, organizar ou reorganizar

²⁷⁸ BRASIL. Lei nº 6.024 de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Art. 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

sociedade para continuação geral ou parcial do negócio ou atividade da liquidanda.²⁷⁹

De outra parte, a legislação traz a responsabilização dos administradores das instituições financeiras em seu art. 36, ao determinar que seus bens ficarão indisponíveis desde a decretação da intervenção, da liquidação judicial ou da falência, conforme o caso, até que seja apurada sua responsabilidade e haja a liquidação final desta. Ademais, os administradores respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelas instituições financeiras que dirigem durante sua gestão, restando esta responsabilização circunscrita ao montante dos prejuízos apurados (art. 40).

Em todos os casos, “a intervenção determina a suspensão, e, a liquidação extrajudicial, a perda do mandato respectivamente, dos administradores e membros do Conselho Fiscal e de quaisquer outros órgãos criados pelo estatuto”²⁸⁰. Importa reiterar que as instituições financeiras e cooperativas de crédito não se sujeitam à Lei nº 11.101/2005²⁸¹.

Hoje, passados mais de quarenta anos do advento da Lei nº 6.024/1974 é seguro dizer que há previsibilidade para os agentes econômicos que atuam no setor quanto à possibilidade de intervenção estatal para recuperação de instituições financeiras, quando estas se encontrarem em situação de crise, de acordo com os parâmetros legais. É também previsível o regime de responsabilização que recairá sobre os administradores dessas instituições e também sobre seus controladores, neste último caso por força da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997.

Interessante pontuar que a edição desta lei decorreu do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER), inicialmente editado pela Medida Provisória nº 1.179 em conjunto com a Resolução nº 2.208, ambas de 03 de novembro de 1995. O PROER trazia estímulos à fusão e incorporação de instituições financeiras como meio de reestruturação do sistema financeiro nacional, configurando-se ademais como mecanismo de prevenção de novos problemas nessa seara, dentro de contexto

²⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 6.024 de 13 de março de 1974**. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Art. 31. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

²⁸⁰ Ibidem. art. 50

²⁸¹ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 2º, II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

em que se verificara o vigésimo segundo banco submetido à regime de intervenção ou liquidação desde a implantação do real²⁸². Nesta ótica, considerando que:

A credibilidade é o aspecto de maior relevância para a indústria bancária. Uma corrida aos bancos pode ser resultante da perda de credibilidade de poucos, mas, certamente, em função do efeito dominó, provocará transtornos graves para todos, inclusive nos setores produtivos da economia. Por outro lado, a solução para problemas dos bancos, baseada nos regimes especiais de intervenção, liquidação e administração especial temporária, previstos em lei, resultam em custo social muito mais elevado do que a ação prévia das autoridades, ao promover a transferência de controle das instituições a outras mais eficientes.²⁸³

Em linha com a diminuição do custo social, promoveu-se o fortalecimento do sistema financeiro nacional e foram normatizadas medidas acessórias de cunho preventivo, como a ampliação da responsabilidade solidária aos controladores, passando estes a serem afetados pela indisponibilidade de seus bens (arts. 1º e 2º), bem como a possibilidade de responsabilização de auditores fiscais independentes (art. 3º)²⁸⁴. Ademais, restou autorizada a decretação de regime de administração especial temporária pelo Bacen, quando caracterizada qualquer das situações previstas no art. 15 da Lei nº 6.024/1974.

Outrossim, buscando assegurar a normalidade da economia pública e a proteção dos interesses dos depositantes, investidores e demais credores, o Bacen restou autorizado a determinar (i) a capitalização da sociedade, por meio do aporte de recursos necessários ao seu soerguimento; (ii) a transferência do controle acionário; ou a (iii) reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão (art. 5º), em momento anterior à decretação de intervenção, liquidação ou administração especial temporária. Contudo, uma vez descumpridas estas determinações, restaria ao Bacen a decretação do regime especial cabível ao caso. Resta nítida, portanto, a preferência por soluções de mercado em detrimento da pura e simples intervenção estatal, visto o custo social que esta acarreta.

O que se pode concluir é que esta reforma possibilitou o fortalecimento da fiscalização prudencial dos bancos por parte do Bacen, conferindo ao ente regulador

²⁸² BANCO CENTRAL DO BRASIL. **PROER - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional**. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br/htms/proer.asp>>. Acesso em: 04 out. 2017.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997**. Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; sobre a indisponibilidade de seus bens; sobre a responsabilização das empresas de auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes; sobre privatização de instituições cujas ações sejam desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, e dá outras providências. Art. 1º e 2º. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9447.htm>. Acesso em 07 out. 2017.

mecanismos para checar a liquidez e a qualidade dos ativos e agir de modo incisivo, respeitados os limites legais. Neste contexto, pode-se afirmar que o regime de intervenção estatal para recuperação de empresas estratégicas de cunho financeiro oferece previsibilidade aos agentes econômicos e estimula o cumprimento da função social da empresa, privilegiando ações de cunho preventivo e soluções de mercado, a fim de evitar o dispêndio de altos custos sociais no processo.

De modo assemelhado, encontramos no ordenamento jurídico nacional a possibilidade de intervenção por parte da Superintendência de Seguros Privados (Susep) perante sociedades seguradoras. Criada pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, a Susep é caracterizada como entidade autárquica com autonomia administrativa e financeira (art. 35) e opera como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras (art. 36).

Assim quando o ente regulador identificar casos de insuficiência de cobertura das reservas técnicas ou de má situação econômico-financeira da sociedade seguradora, poderá promover fiscalização especial e nomear, por tempo indeterminado, às expensas da sociedade seguradora, um diretor-fiscal com as atribuições e vantagens que lhe forem indicadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP (art. 89).

Neste caso, “o descumprimento de qualquer determinação do Diretor-Fiscal por diretores, administradores, gerentes, fiscais ou funcionários da sociedade seguradora em regime especial de fiscalização acarretará o afastamento do infrator, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.”²⁸⁵. De igual modo, os administradores ficarão suspensos de suas funções quando instaurado processo-crime por atos ou fatos relativos à respectiva gestão, perdendo imediatamente seu mandato na hipótese de condenação (art. 92).

Caso as medidas especiais ou a intervenção não produzam os efeitos desejados, a Susep deve encaminhar ao CNSP proposta de cassação da autorização para funcionamento da Sociedade Seguradora (art. 90). Uma vez cassada a autorização de funcionamento de sociedade seguradora, a alienação ou gravame de qualquer de seus bens “dependerá de autorização da Susep, que, para salvaguarda dessa inalienabilidade, terá poderes para

²⁸⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Art. 91. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

controlar o movimento de contas bancárias e promover o levantamento do respectivo ônus junto às Autoridades ou Registros Públicos.”²⁸⁶

O ato de cassação acarreta ainda a imediata suspensão das ações e execuções judiciais contra a sociedade seguradora, o vencimento de suas obrigações civis ou comerciais, incluindo as cláusulas penais dos contratos, bem como a suspensão da incidência de juros, quando a massa liquidanda não bastar para o pagamento do principal, além de implicar o cancelamento dos poderes de todos os órgãos de administração da sociedade, na forma do art. 98 do diploma legal em comento. Esta liquidação será processada pela Susep, não se aplicando a Lei nº 11.101/2005 às sociedades seguradoras (art. 2º, II). Interessante notar que a Susep restará investida dos poderes gerais de administração da sociedade liquidanda, além de poder propor e contestar ações, inclusive para integralização de capital pelos acionistas, podendo também nomear e demitir funcionários, outorgar ou revogar mandatos, transigir e ainda vender valores móveis e bens imóveis (art. 99).

Por fim, quanto às sociedades seguradoras, deve-se registrar que constitui crime contra a economia popular a ação ou omissão que implique insuficiência de reservas e de cobertura, vinculadas às obrigações das sociedades seguradoras (art. 110). Atualmente não há sociedades seguradoras sob direção fiscal ou intervenção do ente regulador, sendo a última portaria referente à liquidação datada do ano de 2010²⁸⁷.

Assim, também em relação às sociedades seguradoras, pode-se afirmar que há previsibilidade para as hipóteses de intervenção estatal para sua recuperação, apesar de verificar-se incentivos reduzidos quanto à busca pela concretização da função social da empresa e por soluções de mercado, comparativamente ao regime previsto para as instituições financeiras.

Quanto às operadoras de saúde e a possibilidade de intervenção pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), importa lembrar que a prestação de serviços de saúde tradicionalmente é tida como um serviço social ou serviço público não privativo, o que implica dizer que podem ser “prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização.”²⁸⁸. Esta classificação decorre da qualificação da saúde enquanto

²⁸⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

²⁸⁷ SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. **Entidades submetidas a regime especial**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menuatendimento/regimes_especiais#falencia>. Acesso em: 14 out. 2017.

²⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 118.

direito social (art. 6º, CF) e da determinação de que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público a sua regulamentação, fiscalização e controle, sendo a execução admitida de modo direto ou por terceiros, incluindo pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (art. 197, CF).

Assim, para regular a assistência suplementar à saúde prestada por agentes privados, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por meio da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, como autarquia especial, a que compete a atuação em prol da “defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.”²⁸⁹.

Dentre o rol de suas competências, destacam-se as atribuições de (i) instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras, (ii) proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como (iii) a de determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras (art. 4º, XXXIII, XXXIV e XXXV).

Estas competências decorrem diretamente da circunstância de as operadoras de planos privados de assistência à saúde não estarem sujeitas à falência, mas tão somente ao regime de liquidação extrajudicial na forma do art. 23 da Lei nº 9.656/1998²⁹⁰. Assim:

Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.²⁹¹

Neste caso, será decretada a indisponibilidade dos bens dos administradores que não poderão aliená-los ou onerá-los até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades (art. 24-A). Ainda, os administradores e membros dos conselhos das operadoras respondem subsidiariamente pelos prejuízos causados a terceiros, incluindo aos acionistas, cotistas, cooperados e consumidores (art. 26). De outra parte, a alienação da carteira das operadoras

²⁸⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. p. 10.

²⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Art. 24. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

²⁹¹ Ibidem. art. 24.

quando não surtirem efeitos as medidas determinadas pela ANS deve ocorrer no prazo máximo de noventa dias, a fim de sanar as irregularidades e minar os riscos aos consumidores (art. 24, §5º).

Com relação à intervenção estatal para o salvamento de operadoras de saúde, portanto, verifica-se que a maior preocupação do regulador é com a continuidade e qualidade do atendimento à saúde, visto a sua essencialidade para uma vida digna, em consonância com os objetivos constitucionalmente positivados. Ainda que o regime tenha sido conformado em momento posterior aos anteriormente estudados, pode-se afirmar que hoje há previsibilidade para os agentes econômicos que atuam no setor²⁹² e que o arranjo de soluções busca o melhor interesse do consumidor e do mercado.

Situação diferente é aquela relativa à intervenção em concessionárias de serviço público de energia elétrica, regime este positivado somente ao final de ano de 2012, diante de situação específica de crise, como será ampliado no próximo tópico.

4.2 CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA E A INTERVENÇÃO AUTORIZADA PELA LEI 12.767, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2012

A análise relativa à possibilidade de intervenção pelo poder concedente, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em concessionárias de serviço público de energia elétrica terá como pano de fundo o caso do Grupo Rede Energia, na medida em que foi diante da situação de crise econômico-financeira deste grupo empresarial que teve lugar a edição da Medida Provisória nº 577/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012.

Antes, porém, cumpre registrar que a constituição federal designa como competência da União a exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão dos serviços e instalações de energia elétrica, bem como o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os estados em que se situam os potenciais hidroenergéticos (art. 21, XII, b). Trata-se, portanto, de atividade econômica sobre a qual recai intensa regulação, na medida em que por força do art. 175 da constituição, a prestação de serviços públicos, noção que abrange

²⁹² Nesse sentido, o detalhamento periódico dos critérios de seleção de operadoras sujeitas à intervenção fiscalizatória pela ANS por meio de notas técnicas, vide: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **ANS detalha critérios de seleção de operadoras da Intervenção Fiscalizatória**. 01 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3642-ans-detalha-criterios-de-selecao-de-operadoras-da-intervencao-fiscalizatoria>>. Acesso em: 14 set. 2017.

os serviços de energia elétrica, pode ocorrer diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a ser instituído mediante licitação prévia.

Este dispositivo constitucional remete à lei (i) a disciplina do regime das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; além da disposição (ii) sobre os direitos dos usuários; (iii) da política tarifária; e (iv) obrigação de manutenção de serviço adequado.

Num primeiro momento, a fim de dar maior concretude ao disposto no art. 175 da Constituição, adveio a Lei nº 8.987/1995 com o fim de disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Nesta lei restou definido que serviço adequado é aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”²⁹³ Ao tratar dos direitos dos usuários, o diploma legal reitera o dever de prestação de serviço adequado pelo concessionário ou permissionário (art. 31, I), na medida em que estabelece como direito do usuário o recebimento de serviço adequado.²⁹⁴ Para este caso será de extrema relevância a temática da continuidade da prestação dos serviços, tendo em vista que esta era a maior preocupação quando da edição da Medida Provisória nº 577/2012.

É também reconhecido ao usuário o direito de liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, desde que observadas as normas do poder concedente.²⁹⁵ Este dispositivo, bem como o art. 16 do mesmo diploma legal, o qual dispõe que a outorga de concessão ou permissão somente terá caráter de exclusividade quando configurada inviabilidade técnica ou econômica, reforçam o ideal de manutenção de um ambiente de livre concorrência, em linha com os princípios da ordem econômica constitucional.

Ainda, a lei em comento dispôs, em seu capítulo IX, sobre a possibilidade de intervenção na concessão pelo poder concedente, com a finalidade de assegurar a adequada prestação de serviços, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais aplicáveis. Nos termos da lei, eventual intervenção teria de ocorrer por meio de decreto do poder concedente, decreto este que deve versar sobre a designação do interventor, o prazo de intervenção, objetivos e limites da medida (art. 32, parágrafo único).

²⁹³ BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Art. 6º, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁹⁴ Ibidem. art. 7º

²⁹⁵ Ibidem. art. 7º.

Após a declaração da intervenção, o poder concedente teria prazo de trinta dias para instauração de procedimento administrativo com o objetivo de comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, sendo, logicamente, assegurada a ampla defesa (art. 33). O procedimento em questão, uma vez instaurado, deve ser finalizado em até cento e oitenta dias, sob pena de invalidade da intervenção (art. 33 §2º). No decorrer do procedimento abrem-se três caminhos: o primeiro seria a declaração de nulidade da intervenção quando esta não observar os pressupostos legais e regulamentares, caso em que o serviço deve ser imediatamente devolvido à concessionária (art. 33, §1º); o segundo consiste na extinção da concessão (art. 34 e disciplina descrita no capítulo X); e o terceiro que seria o prosseguimento da intervenção com posterior devolução da administração do serviço à concessionária (art. 34).

De outra parte, posteriormente, para fins de exercer a regulação do setor elétrico, em 26 de dezembro de 1996, por meio da Lei nº 9.427, foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica, configurada como autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado (art. 1º), tendo por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal (art. 2º).²⁹⁶ Esta lei, contudo, deixou de fazer qualquer menção à possibilidade de intervenção nas concessionárias de energia elétrica.

Diante desse quadro, eis que decorridos mais de quinze anos do advento da Lei que instituiu a Aneel, quando o Estado veio a se deparar com a situação de crise do Grupo Rede Energia e a consequente possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica a uma área com dezessete milhões de habitantes. À época, a dívida do grupo era de cerca de 5,7 bilhões de reais e as distribuidoras de energia elétrica em situação de crise encontravam-se dispersas pelo território nacional, eram elas: Celpa (PA), Celtins (TO), Cemat (MT), Enersul (MS), Companhia Força e Luz do Oeste (PR), Caiuá (SP), Bragantina (SP/MG), Vale Paranapanema (SP) e Nacional (SP).²⁹⁷

O cenário crítico mobilizou o poder público e resultou na edição da Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012. Tão logo publicada a MP nº 577/2012, o governo anunciou a intervenção em oito distribuidoras de energia elétrica pertencentes ao Grupo Rede

²⁹⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. p. 7-8.

²⁹⁷ GOY, Leonardo. **Aneel aprova intervenção em 8 empresas do Grupo Rede Energia**. Redação Reuters. 31 ago. 2012. Disponível em: < <http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRSPE87U06420120831>>. Acesso em: 06 out. 2017.

Energia, objetivando com isto evitar o colapso do Grupo e a interrupção de fornecimento de energia a milhões de consumidores. A intervenção somente não recaiu sobre a distribuidora Celpa, que já estava em recuperação judicial desde fevereiro daquele ano²⁹⁸. Para esta distribuidora a solução encontrada no âmbito do processo de recuperação judicial foi a de transferência à Equatorial, outra companhia do setor. À época, contudo, era esta distribuidora em regime de recuperação judicial que preocupava o poder público, na medida em que este se indagava o que poderia fazer para evitar a descontinuidade da prestação do serviço público de energia elétrica, caso decretada a falência da concessionária.

Paralelamente, em novembro de 2012, o Grupo Rede Energia entrou com pedido de recuperação judicial para empresas de seu bloco de controle, dentre as quais, a Companhia Técnica de Comercialização (CTCE), a QMRA Participações (QMRA), a Empresa de Eletricidade Vale Paranapanema (EEVP) e a Denerge Desenvolvimento Energético (Dernege)²⁹⁹. A recuperação foi encerrada em 2016, quando do cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação homologado pela 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital de São Paulo³⁰⁰.

Já a intervenção estatal nas concessionárias estendeu-se de setembro de 2012 a abril de 2014, quando a Energisa assumiu o controle das empresas, uma vez que a transferência do controle e a aprovação de um plano de recuperação das distribuidoras eram condições para a cessação da intervenção estipuladas pela Aneel³⁰¹. O plano aprovado teve como objetivos primordiais a sustentabilidade das concessões e a retomada da normalidade dos serviços. A transferência de controle já havia sido aprovada pela Aneel em janeiro de 2013, quando teve início um processo de transição junto aos interventores para promover a transferência de modo ordenado e seguro, preparando a integração das distribuidoras ao novo grupo empresarial.

Para a consolidação do negócio houve prévia aprovação do ato de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e foram exigidas a eliminação de alguns ônus

²⁹⁸ GOY, Leonardo. **Aneel aprova intervenção em 8 empresas do Grupo Rede Energia**. Redação Reuters. 31 ago. 2012. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRSPE87U06420120831>>. Acesso em: 06 out. 2017.

²⁹⁹ VIRI, Natalia. **Grupo Rede Energia entra com pedido de recuperação judicial**. Valor Econômico. 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/2915830/grupo-rede-energia-entra-com-pedido-de-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 07 out. 2017.

³⁰⁰ MACHADO, Juliana. **Justiça decreta fim da recuperação judicial da Rede Energia**. Valor Econômico. 02 set. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4697125/justica-decreta-fim-da-recuperacao-judicial-da-rede-energia>>. Acesso em: 08 out. 2017.

³⁰¹ GRUPO ENERGISA. **Energisa assume o Grupo Rede**. 11 abr. 2014. Disponível em: <<http://holding.grupoenergisa.com.br/Paginas/noticia.aspx?id=32>>. Acesso em: 08 out. 2017.

sobre as ações que seriam transferidas à Energisa, o reconhecimento de validade do plano de recuperação judicial pelo juiz estadunidense que cuidava do caso, de modo a viabilizar o cumprimento de condições sobre os bônus emitidos pelo Grupo Rede e a aprovação da operação pelo BNDESPar.³⁰²

Durante o trâmite da intervenção, o Diretor Geral da Aneel, Romeu Rufino, reconheceu que a intervenção dispõe de recursos limitados para reverter o quadro das distribuidoras, sendo necessária uma resposta melhor quanto à qualidade do serviço³⁰³. Cumpre, portanto, conhecer o regime de intervenção instituído com o advento da MP nº 577/2012 e sua posterior conversão em lei.

Num primeiro momento, importa avaliar a exposição de motivos da MP nº 577/2012³⁰⁴, firmada pelo Ministro de Minas e Energia, Edison Lobão, e pelo Advogado Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams. O documento ressalta preliminarmente que o serviço público de energia elétrica é essencial e indispensável ao atendimento das necessidades primárias e inadiáveis do cidadão, motivo pelo qual fazia-se necessário instituir disciplina para a intervenção e extinção das concessões e permissões, de modo a garantir a continuidade de prestação do serviço mesmo nessas situações.

Os objetivos declarados da medida consistiam em viabilizar a adequada prestação temporária do serviço público de energia elétrica pelo poder concedente ou por entidade da administração pública federal em caso de extinção da concessão, bem como detalhar o processo de intervenção e, ainda, afastar os regimes de recuperação judicial e extrajudicial para as concessionárias e permissionárias do serviço público de energia elétrica, na medida em que a avaliação era de que o regime da intervenção seria mais adequado às especificidades do setor. A urgência da medida foi justificada com base na situação de haver concessionária sob intervenção judicial, com risco eminente de decretação de falência, razão pela qualurgia a definição da disciplina do que caberia ao poder concedente fazer imediatamente após eventual

³⁰² ENERGISA. **Aneel aprova venda do Grupo Rede para a Energisa**. Rio de Janeiro, 28 jan. 2013. Disponível em: <https://www.energisa.com.br/Documents/pdfs/Release_2801_Aneel%20autoriza%20compra%20Rede.pdf>. Acesso em: 08 out. 2017.

³⁰³ RODRIGUES, Eduardo. **Aneel quer urgência no caso de recuperação do Grupo Rede**. Exame. 7 mai. 2013. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/aneel-quer-urgencia-no-caso-de-recuperacao-do-grupo-rede-2/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

³⁰⁴ BRASIL. **Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012. Exposição de motivos**. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/577.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

consumação da falência. A concessionária em questão era a Celpa, em regime de recuperação judicial.

A situação narrada deixa claro desde logo que a edição de normativa que altera radicalmente as possibilidades de atuação do agente privado em crise econômico-financeira, frente à situação específica de crise de determinada concessionária não se coaduna com o ideal de previsibilidade, trazendo insegurança aos agentes econômicos. Dito isto, é preciso verificar a disciplina estabelecida para o processo de intervenção, a fim de avaliar se esta está em linha com os demais pressupostos previamente estudados para legitimação da intervenção estatal para recuperação de empresas, tais como a concretização da função social da empresa e a busca pelo pleno emprego.

Tendo em vista que alguns ajustes foram promovidos quando da conversão da MP nº 577/2012 à Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, tomar-se-á esta por base de análise do instituto da intervenção. Nos termos do diploma legal, o poder concedente pode intervir na concessionária de serviço público de energia elétrica, por intermédio da Aneel, com o fim de assegurar a prestação adequada do serviço e o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes (art. 5º).

O ato que declara a intervenção deve conter a designação do interventor, o valor de sua remuneração (a ser custeada com recursos da concessionária), o prazo (que deve respeitar o limite de um ano, prorrogável uma única vez por até dois anos), os objetivos e os limites da intervenção (art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º). Uma vez declarada a intervenção haverá a suspensão do mandato dos administradores e membros do conselho fiscal, sendo assegurados ao interventor plenos poderes de gestão sobre as operações e os ativos da concessionária (art. 7º). Estes membros afastados de seus mandatos responderão por seus atos e omissões, bem como responderão solidariamente pelas obrigações assumidas pela concessionária durante a sua gestão, na forma do art. 11. Ainda, seus bens ficarão indisponíveis até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades (art. 16).

Competirá aos acionistas da concessionária a apresentação à Aneel de plano de recuperação e correção das falhas e transgressões que levaram à intervenção no prazo de sessenta dias a contar da declaração da intervenção (art. 12). Se deferido o plano de recuperação, cessará a intervenção (art. 13), contudo o indeferimento do plano ou a não apresentação deste no prazo consignado possibilitam a adoção das seguintes medidas pelo poder concedente:

- I - declaração de caducidade, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
- II - cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
- III - alteração do controle societário;
- IV - aumento de capital social; ou
- V - constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.³⁰⁵

Ademais, enquanto durar a intervenção, há autorização para que a concessionária receba recursos financeiros do poder concedente, a fim de assegurar a continuidade e a prestação adequada do serviço concedido, devendo ocorrer o ressarcimento desses recursos pela concessionária ou pela pessoa jurídica que vier a assumir a concessão no prazo de noventa dias a contar do encerramento da intervenção (art. 15). O afastamento dos regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos pela Lei nº 11.101/2005 restou positivado no art. 18 do diploma legal, valendo até a extinção da concessão, marco a partir do qual a lei de falência e recuperação judicial voltará a ser aplicável.

O contexto exposto permite concluir que a edição da MP nº 577/2012 vai de encontro ao ideal de previsibilidade das regras do mercado. Quanto ao regime de intervenção por ela instaurado verifica-se que a grande preocupação do regulador é com a continuidade e qualidade do serviço prestado, ou seja, com a proteção do consumidor e das demais atividades econômicas, considerando que se trata de serviço essencial à população e ao desenvolvimento industrial. A previsão da possibilidade de prestação temporária do serviço pelo poder público quando da extinção da concessão reforça o ideal de continuidade dos serviços. Revela-se ademais a busca pela concretização da função social da empresa e, em termos pragmáticos, a busca por soluções de mercado a fim de evitar a extinção da concessão, a prestação temporária do serviço pela administração e a realização de novo certame licitatório.

Por fim, cumpre analisar a discussão corrente sobre a possibilidade de edição de normativa com semelhante teor para o setor de telecomunicações, tendo em vista a situação de crise econômica financeira do Grupo Oi.

³⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012.** Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nos 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Art. 14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm>. Acesso em: 07 out. 2017.

4.3 SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E A DISCUSSÃO SOBRE POSSÍVEL MEDIDA LEGISLATIVA AUTORIZADORA DE INTERVENÇÃO À LUZ DO CASO OI

Para a análise proposta, inicialmente se fará um breve panorama do contexto normativo contemporâneo relativo à disciplina do setor de telecomunicações e às possibilidades já previstas de intervenção do órgão regulador perante concessionárias de serviços de telecomunicações que atuem no regime público.

Assim, inicialmente deve-se registrar que, de modo semelhante ao que ocorre com o setor energético, a constituição federal também determina ser competência da União a exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão dos serviços de telecomunicações, restando à lei dispor sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais (art. 21, XI). A redação deste dispositivo constitucional decorre da emenda nº 8 de 1995 que acabou com a reserva de mercado anteriormente prevista, segundo a qual a exploração deste setor somente poderia ocorrer de maneira direta pela União ou mediante concessão à empresa sob controle acionário estatal.

Esta alteração do texto constitucional coaduna-se como as transformações do setor de telecomunicações vivenciadas desde a última década do século passado, por meio da qual, serviços que eram organizados em torno de monopólios fortemente regulados, passaram a funcionar num ambiente econômico concorrencial. Neste panorama a atuação estatal passou a se concentrar na criação de concorrência no setor, objetivando a diminuição do papel reservado ao Estado, posto que, “a própria existência de concorrência impediria que essas decisões fossem tomadas em detrimento dos usuários e da sociedade em geral.”³⁰⁶

Apesar disto, o que se verificou é que a inserção da concorrência no setor acabou por complexificar ainda mais as relações entre os prestadores de serviços, entre estes e os consumidores e entre estes e o poder público, de modo que, “se idealmente a geração de concorrência permitiria eliminar diversos controles estatais sobre os agentes econômicos, a realidade tem demonstrado até agora o inverso. O que se verifica não é o desaparecimento da ação estatal, mas a modificação do seu tipo e da sua finalidade.”³⁰⁷

Nesse contexto e após o advento da EC nº 8 de 1995, foi editada em 1997 a lei a que se refere a constituição, restando o diploma conhecido como Lei Geral de Telecomunicações

³⁰⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 57-58.

³⁰⁷ Ibidem. p. 62.

(Lei nº 9.472/1997). Esta lei dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador, qual seja, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), “entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.”³⁰⁸

O diploma legal prevê uma repartição de competências entre o poder executivo e a agência reguladora, restando ao primeiro as atribuições de instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; aprovar o plano geral de outorgas de serviços prestados no regime público; aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização do serviço prestado no regime público e; autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais relativos aos serviços de telecomunicações (art. 18).

Já à Anatel restou a atribuição de adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, bem como o dever de atuar com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade (art. 19). As competências concretas são detalhadas no texto legal e abrangem a celebração e gerência de contratos de concessão, bem como a fiscalização da prestação do serviço no regime público, com a possibilidade de aplicar sanções e realizar intervenções (art. 19, VI). Com relação à prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, a competência da agência restringe-se à expedir e extinguir autorização para prestação de serviço, com a posterior fiscalização e aplicação de sanções, não havendo qualquer menção à possibilidade de intervenção nestes casos (art. 19, XI).

Como indicado, o diploma legal estabelece dois regimes distintos para a prestação dos serviços de telecomunicações: um público e um privado, classificando-os da seguinte maneira:

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

³⁰⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. p. 8.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.³⁰⁹

Nos termos da lei, cada modalidade de serviço poderá ser prestada exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou concomitante nos regimes público e privado (art. 65), sendo que há vedação para a exploração pela mesma pessoa jurídica, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviços nos regimes público e privado, salvo quando em regiões, localidades ou áreas distintas (art. 68). Como mencionado, quando a prestação se der sob o regime público incidirão obrigações de universalização e continuidade de prestação dos serviços. Estas obrigações são definidas respectivamente como:

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.³¹⁰

O descumprimento destas obrigações acarreta a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso (art. 82). Com relação à intervenção, reitera-se, prevista somente para concessionárias que atuam no regime público, esta poderá ser decretada pela Anatel nas seguintes situações: (i) paralisação injustificada dos serviços; (ii) inadequação ou insuficiência dos serviços prestados, quando não resolvidas em prazo razoável; (iii) desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de má administração que coloque em risco a continuidade dos serviços; (iv) prática de infrações graves; (v) inobservância das metas de universalização; (vi) recusa injustificada de interconexão; (vii) infração da ordem econômica (art. 110).

Configurada alguma dessas situações, a decretação da intervenção deve ocorrer por meio de ato que indique seu prazo, seus objetivos e limites, de acordo com as razões que a motivaram, além de designar o interventor (art. 111). O afastamento dos administradores é efeito imediato da decretação de intervenção, que poderá ser exercida por um colegiado ou

³⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Arts. 63 e 64. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em 05 out. 2017.

³¹⁰ Ibidem. Art. 79, §§ 1º e 2º.

por uma empresa, cuja remuneração será paga com recursos da concessionária (art. 111, §§ 1º e 3º). Importa observar que a intervenção é considerada desnecessária quando a demanda pelos serviços objeto da concessão puder ser atendida por outras prestadoras, de modo regular e imediato (art. 114, §1º). Ademais, nos casos em que a intervenção for cabível, mas considerada inconveniente, inócua, desnecessária ou injustamente benéfica ao concessionário, poderá ser decretada a caducidade da concessão (art. 114, IV). Observa-se, portanto, que a preocupação do legislador concentra-se na continuidade da prestação do serviço e que há margem de discricionariedade relativamente ampla para que a agência decida pela intervenção ou pela caducidade de determinada concessão em regime público.

De outra parte, a exploração de serviço de telecomunicações no regime privado é baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126), sendo que a disciplina de sua exploração objetiva o atendimento dos preceitos da ordem econômica e a proteção dos direitos dos consumidores (art. 127), ressaltando-se que a agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que a liberdade será a regra, enquanto as proibições, restrições e interferências do Poder Público serão excepcionais, de modo que todos os condicionamentos tenham vínculo de necessidade e adequação com finalidades públicas específicas e relevantes (art. 128).

É nesse contexto que insere-se a discussão corrente sobre a situação de crise econômico financeira do Grupo Oi e a possível edição de normativo legal que venha a autorizar a intervenção pela Anatel também nas prestadoras de serviço de telecomunicações que operam mediante autorização no regime privado. Cumpre, portanto, esclarecer o impasse.

O Grupo Oi formou-se no ano de 2009, a partir da junção da TNL e da Brasil Telecom S.A, ambas gigantes nacionais no setor de telecomunicações. O Grupo atua no campo de prestação de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel, internet e TV por assinatura, com abrangência de todos os 5.570 municípios brasileiros com no mínimo um serviço. Na área de telefonia fixa, o Grupo é o maior prestador do país, com uma fatia de mercado de 34,4% do total nacional. Já na área de telefonia móvel, o Grupo atende cerca de 47,8 milhões de usuários, enquanto os acessos à internet banda larga são da ordem de 5,7 milhões e as assinaturas de TV alcançam a marca de 1,2 milhão³¹¹.

Para além destes números, o impacto social do grupo empresarial é de extrema relevância também nos planos de arrecadação fiscal e manutenção de empregos. A esse

³¹¹ Conforme petição inicial do processo de Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001, em trâmite na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Pedido-RJ-Oi.pdf>>.

respeito, anote-se que somente no período de 2013 a 2016, o Grupo Oi recolheu mais de R\$ 30 bilhões aos cofres públicos em tributos e é responsável por mais de 138,3 mil postos de trabalho diretos e indiretos no Brasil. Para além disso, o grupo participa da condução de políticas públicas, como o Plano Nacional de Banda Larga e Banda Larga nas Escolas. Evidente, portanto, a relevância do grupo para o contexto econômico-social em que inserido³¹², bem como sua caracterização como empresa estratégica.

Ocorre que, em 20 de junho de 2016, o Grupo Oi requereu sua recuperação judicial com base na Lei nº 11.101/2005, vez que não há qualquer afastamento do regime geral de recuperação e falência para empresas que atuam na área de telecomunicações. O processamento da recuperação judicial foi deferido em 29 de junho de 2016 pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, onde tramita sob o nº 0203711-65.2016.8.19.0001. O processo abrange as empresas Oi S.A., Telemar Norte Leste S.A., Oi Móvel S.A., Copart 4 Participações S.A., Copart 5 Participações S.A., Portugal Telecom International Finance B.V. e Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A.³¹³.

A particularidade do caso consiste no fato de que o Grupo opera serviços no regime público, enquanto concessionária de serviços locais de telefonia fixa e de longa distância nas regiões I e II, bem como atua enquanto autorizatária da prestação de serviços de telefonia móvel e direito de uso de radiofrequência para prestações de serviços 3G e 4G nas regiões I, II e III, dentre outros serviços, também operados no regime privado³¹⁴.

O passivo total do Grupo, ou seja, o montante sujeito à recuperação judicial é superior a R\$ 65 bilhões (R\$ 65.382.611.780, 34), sendo que desse total mais de R\$ 20 bilhões são devidos à Anatel, entre R\$ 14,5 bilhões em multas e R\$ 5,6 bilhões em créditos tributários³¹⁵. Diante desse cenário, ainda em outubro de 2016, Juarez Quadros, presidente da Anatel, anunciou a existência de um grupo de trabalho interministerial, envolvendo o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, ambos ligados ao Ministério da Fazenda, e ainda o Banco Nacional de Desenvolvimento Social, ligado ao Ministério do Planejamento, para o

³¹² Conforme petição inicial do processo de Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001, em trâmite na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Pedido-RJ-Oi.pdf>>.

³¹³ RECUPERAÇÃO JUDICIAL OI. Disponível em: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

³¹⁴ Conforme petição inicial do processo de Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001, em trâmite na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Pedido-RJ-Oi.pdf>>.

³¹⁵ ZAMBONI, Silvia. **Anatel diz que Oi deve mais de R\$ 20 bilhões para agência reguladora**. Folha de S. Paulo, 14 out. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1822729anateldizqueoidevemaisder20bilhoesparaagenciareguladora.shtml>>. Acesso em: 14 out. 2017.

desenho de um plano alternativo para o Grupo Oi, a ser implementado em caso de insucesso de sua recuperação judicial, uma vez que é imperativa a garantia da continuidade da prestação dos serviços e decidiu-se pela não utilização de recursos públicos no salvamento do conglomerado. A esse respeito, note-se que além do passivo para com a Anatel, o Grupo deve R\$ 4,3 bilhões ao BB, R\$ 1,9 bilhão à Caixa, além de R\$ 3,3 bilhões ao BNDES³¹⁶.

A grande dificuldade deste caso consiste no fato de que o Grupo opera com um caixa único, apesar de ter um CNPJ para o regime de concessão e diversos CNPJs para os regimes de autorização. Assim, como a legislação vigente somente autoriza a intervenção na parte da empresa que atua sob o regime de concessão, eventual intervenção nesse formato não teria sucesso, ao menos segundo avaliação do governo e da Anatel. Nessa ótica, seria preciso alterar a legislação, de modo que toda a empresa se sujeitasse ao mesmo arcabouço legal e fosse viabilizada uma intervenção plena, por prazo determinado a fim de recuperar a companhia com o afastamento da administração, na expectativa de que a medida daria credibilidade ao negócio, transmitindo segurança aos interessados em prol da continuidade da empresa, da qualidade dos serviços e investimentos³¹⁷.

Nesse sentido, o Ministro da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Gilberto Kassab, chegou a afirmar que editaria uma Medida Provisória a fim de permitir à Anatel a realização de intervenções mais amplas no setor de telecomunicações, mas, frente aos riscos de contestações jurídicas teria decidido por enviar um projeto de lei ao Congresso Nacional,³¹⁸ o Planalto, contudo preferiria uma solução de mercado, a fim de evitar a intervenção³¹⁹.

Recentemente, em outubro do presente ano, ainda no âmbito da recuperação judicial, a companhia encerrou o programa de negociação com credores de créditos de até cinquenta mil reais, por meio da celebração de acordos com quase metade dos credores desta categoria, ou seja, foram fechados 25 mil acordos, num volume total de mais de R\$ 410 milhões

³¹⁶ ROSA, Bruno. **Anatel já elabora plano B para Oi que prevê intervenção na tele.** Jornal O Globo. Rio de Janeiro. 11 out. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/anatel-ja-elabora-plano-para-oi-que-preve-intervencao-na-tele-20269665>>. Acesso em: 31 out. 2016.

³¹⁷ SANTANA, Ivone. **Com impasse para recuperação da Oi, governo planeja intervir na tele.** Valor Econômico. 07 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4766979/com-impasse-para-recuperacao-da-oi-governo-planeja-intervir-na-tele>>. Acesso em: 06 out. 2017.

³¹⁸ ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. **Há um ano em recuperação judicial, Oi enfrenta impasse entre credores e acionistas para se reerguer.** G1. 20 jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/ha-um-ano-em-recuperacao-judicial-oi-enfrenta-impasse-entre-credores-e-acionistas-para-se-reerguer.ghtml>>. Acesso em: 13 out. 2017.

³¹⁹ WIZIACK, Julio; CRUZ, Valdo. **Governo prepara medida que abre caminho para intervenção na Oi.** Folha de S. Paulo. 07 nov. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/11/1829906governopreparamedidaqueabrecaminhoparaintervencaoai.shtml>>. Acesso em: 08 out. 2017.

negociados³²⁰. A Assembleia Geral de Credores, de outra parte, será realizada em primeira convocação no dia 07 de dezembro de 2017 e, em segunda convocação, no dia 01 de fevereiro de 2018³²¹, não havendo solução para o impasse até o momento. Nesse cenário, o presidente do Grupo, Marco Schroeder, admite que aumenta a probabilidade de a empresa sofrer uma intervenção federal, mas a expectativa ainda é pela celebração de acordo entre credores e acionistas, com uma solução de mercado, mediante uma proposta equilibrada³²².

Diante do exposto, e, considerando a previsão legal constante da Lei nº 9.472/1997, no sentido de que a disciplina da exploração dos serviços de telecomunicações no regime privado, objetiva o atendimento dos preceitos da ordem econômica e a proteção dos direitos dos consumidores (art. 127), com o reforço de que a agência deve observar a exigência de mínima intervenção na vida privada (art. 128), verifica-se que a edição de uma medida legislativa com o teor que vem sendo discutido pelo governo não se coaduna com os valores positivados no ordenamento jurídico, mormente em razão da possibilidade de solução consensual entre os agentes de mercado no âmbito da recuperação judicial já em curso.

Por fim, cabe registrar que, apesar da relevância social do Grupo Oi, a modificação das regras aplicáveis ao caso neste momento contraria o ideal de previsibilidade e segurança jurídica, além do que devem ser privilegiadas as soluções negociais para a continuidade do negócio e atingimento da função social da empresa, diminuindo com isto os custos sociais de eventual intervenção, até mesmo em razão da confusão de interesses que se identifica, uma vez que o Estado é credor do Grupo em diversas frentes.

Concluída esta análise, passaremos às considerações finais deste trabalho, tendo em mente que a intervenção estatal para recuperação de empresas estratégicas em setores regulados da economia nacional, somente será admitida quando ausentes soluções de mercado, e, em nome da necessidade de continuidade da prestação de serviço essencial com qualidade adequada ou em nome da estabilidade da economia como um todo.

³²⁰ BRASIL ECONÔMICO. **Em recuperação judicial, Oi chega a acordo com quase metade de seus credores.** 20 out. 2017. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2017-10-20/oi-recuperacao-judicial.html>>. Acesso em: 31 out. 2017.

³²¹ Vide despacho proferido pelo Juiz Titular Fernando Cesar Ferreira Viana, às fls. 242.329 e 242.330 dos autos de nº 0203711-65.2016.8.19.0001 em trâmite na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

³²² SILVEIRA, Daniel. **A cada dia que passa aumenta a probabilidade de intervenção da Anatel na empresa, diz presidente da Oi.** G1 Rio. 20 jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/a-cada-dia-que-passa-aumenta-a-probabilidade-de-intervencao-da-anatel-na-empresa-diz-presidente-da-oi.ghtml>>. Acesso em 20 jun. 2017.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a analisar o contexto em que se desenvolve a intervenção estatal para recuperação de empresas estratégicas em setores regulados da economia brasileira com o objetivo de verificar as justificativas para a intervenção, a conveniência e oportunidade da prática e eventuais limites a serem impostos, à luz dos ditames constitucionais que regem a ordem econômica no país, bem como do estabelecimento da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Para tanto, inicialmente cuidou-se de estudar a relação entre Estado e economia, verificando-se que esta é uma relação dialética, dinâmica e mutável, que varia de acordo com as contingências políticas, ideológicas e econômicas, podendo ser caracterizada como uma relação de mútua ingerência e limitação, sendo que hoje vivemos o paradigma do Estado Regulador, em que se minimiza a atuação direta do Estado no domínio econômico, mas mantém-se o controle estatal das atividades econômicas por meio da regulação, fiscalização e planejamento que recai sobre os agentes econômicos.

Diante desta constatação, passou-se à análise da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, oportunidade em que se constatou que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme a justiça social, observando-se o rol de princípios listados nos incisos do art. 170, quais sejam, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração do país. Estes valores e princípios positivados em sede constitucional devem influir no mundo do ser, condicionando-o.

Verificou-se, ademais, que o Estado deve agir como agente normativo e regulador da atividade econômica, por meio da fiscalização, incentivo e planejamento da economia, de acordo com o art. 174 da Constituição, sendo que esta atuação costuma ser delegada a entes reguladores especializados visando o incremento da eficiência na prestação de serviços especialmente relevantes à sociedade e a vedação de decisões de caráter exclusivamente político, no âmbito de discricionariedade técnica do regulador. Com isto, objetiva-se a garantia das condições de exploração de determinada atividade econômica, ao lado da consecução dos objetivos públicos consagrados em sede constitucional.

Posteriormente, definiu-se o emprego da expressão intervenção com a conotação de atuação na área de outrem, a fim de caracterizar as situações em que a administração pública diretamente ou por meio de terceiros assume o controle de empresas privadas a fim de recuperá-las. Buscando os fundamentos aptos a autorizar a intervenção para recuperação de empresas, constatou-se que esta possibilidade decorre da funcionalização da atividade empresária e consequente responsabilidade social, na medida em que deve ser promovido o atingimento da função social da empresa, bem como a busca pelo pleno emprego e o desenvolvimento econômico, em linha com os objetivos da República constitucionalmente traçados.

Nesse sentido, verificou-se que a dissociação da atividade empresária do sujeito empresário é que viabiliza a recuperação de empresas relevantes e viáveis, de modo a ser promovida a superação de crise econômico-financeira, com a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, concretizando a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica. Isto porque na sociedade contemporânea, a sociedade empresária é instituição de grande relevância, em razão de sua influência, dinamismo e poder de transformação, na medida em que garante a subsistência de grande parcela da população ativa por meio da organização do trabalho assalariado, além de ser responsável por prover a maioria dos bens e serviços consumidos, bem como parte significativa das receitas fiscais do Estado, além de impactar investidores, fornecedores e prestadores de serviços.

Assim, buscou-se uma noção de empresa estratégica, a fim de verificar se sobre empresas assim caracterizadas poderia recair intervenção em prol de sua recuperação. Constatou-se que uma empresa poderia ser considerada estratégica em função de sua caracterização como empresa dominante, em razão de sua importância para a segurança nacional, para o desenvolvimento de determinado setor econômico ou pelos impactos que sua falência traria para o contexto econômico em que inserida, sendo relevante em todas estas perspectivas a função social por ela exercida e o impacto de sua atividade para determinada coletividade.

Notou-se, ademais, a relevância da previsibilidade para o bom funcionamento do mercado, concluindo-se que as intervenções estatais desconformes às regras previamente instituídas acabam por gerar insegurança e desconfiança aos agentes econômicos, o que implica reconhecer que uma intervenção estatal para recuperação de determinada empresa demanda a existência de regras prévias contendo esta possibilidade de ação ou fundamentos de extrema relevância para a sociedade.

Diante destas premissas, pode-se concluir que a intervenção estatal para recuperação de empresas em setores regulados da economia somente se justifica, em razão da função social da empresa, considerando os impactos que sua quebra acarretaria para o mercado de trabalho, para o universo de consumidores afetados pela interrupção da prestação de serviços, ou para a organização da economia, dado que a insolvência empresarial gera reflexos socioeconômicos para inúmeros atores, como os fornecedores, clientes e empregados. De outra parte, verificou-se que empresas ineficientes, inexpressivas ou inaptas não devem ser recuperadas, sob pena de desgaste dos demais agentes econômicos, bem como do aumento injustificado dos custos sociais. Assim, qualquer intervenção estatal nesse sentido não poderá ser considerada legítima.

Em suma, o funcionamento do mercado pressupõe previsibilidade e a intervenção estatal para recuperação de empresas somente se justificará quando houver autorização normativa prévia para esta atuação que deve ter lugar apenas em prol da manutenção da função social da empresa, quando verificada a relevância desta para o contexto econômico em que inserida, bem como sua viabilidade financeira.

Por fim, teve lugar a análise do contexto em que se desenvolve a intervenção do Estado para recuperação de empresas em setores regulados, à luz dos procedimentos adotados pelo Bacen, pela Susep, pela ANS, pela Aneel e pela Anatel frente aos seus entes regulados. Primeiramente notou-se a adequação da adoção de medidas de cunho preventivo à intervenção por parte do Bacen, que detém mecanismos para checar a liquidez e a qualidade dos ativos das instituições financeiras reguladas e agir de modo incisivo, respeitados os limites legais. Neste contexto, pode-se afirmar que o regime de intervenção estatal para recuperação de empresas estratégicas de cunho financeiro oferece previsibilidade aos agentes econômicos e estimula o cumprimento da função social da empresa, privilegiando ações de cunho preventivo e soluções de mercado, a fim de evitar o dispêndio de altos custos sociais no processo.

Quanto à atuação da Susep em relação às sociedades seguradoras, pode-se afirmar que também há previsibilidade para as hipóteses de intervenção estatal para sua recuperação, apesar de verificar-se incentivos reduzidos quanto à busca pela concretização da função social da empresa e por soluções de mercado, comparativamente ao regime previsto para as instituições financeiras.

Com relação à intervenção estatal para o salvamento de operadoras de saúde, constatou-se que a maior preocupação do regulador é com a continuidade e qualidade do atendimento à saúde, visto a sua essencialidade para uma vida digna, em consonância com os

objetivos constitucionalmente positivados. Pode-se afirmar que hoje há previsibilidade para os agentes econômicos que atuam no setor e que o arranjo de soluções busca o melhor interesse do consumidor e do mercado.

De outra parte, no setor elétrico, notou-se que a edição da MP nº 577/2012 foi de encontro ao ideal de previsibilidade das regras do mercado, sendo que o regime de intervenção por ela instaurado demonstra que a grande preocupação do regulador é com a continuidade e qualidade do serviço prestado, ou seja, com a proteção do consumidor e das demais atividades econômicas, considerando que se trata de serviço essencial à população e ao desenvolvimento industrial. A previsão da possibilidade de prestação temporária do serviço pelo poder público quando da extinção da concessão reforça o ideal de continuidade dos serviços. Revela-se ademais a busca pela concretização da função social da empresa e, em termos pragmáticos, a busca por soluções de mercado a fim de evitar a extinção da concessão e a realização de novo certame licitatório, com maiores custos sociais.

Finalmente, teve-se a oportunidade de analisar o debate contemporâneo quanto à possibilidade de edição de medida legislativa para ampliar os poderes de intervenção da Anatel, hoje restritos às concessionárias que operam no regime público. Constatou-se que a medida não é adequada à luz do ideal de mínima intervenção positivado na Lei Geral de Telecomunicações, bem como do não esgotamento das tentativas de solução de mercado no caso crítico que a medida objetiva contornar. Considera-se que eventual reforma legislativa deveria focar na instituição de mecanismos preventivos, de modo a evitar que empresas com grande relevância social sob supervisão da agência sofram com situações de crise econômico-financeira evitáveis, tratando-se a intervenção como alternativa derradeira.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. **The Market for “lemons”**: quality uncertainty and the Market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, nº 3. Aug. 1970, pp. 488-500. p. 500. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533%28197008%2984%3A3%3C488%3ATMF%22QU%3E2.0.CO%3B2-6>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. **Há um ano em recuperação judicial, Oi enfrenta impasse entre credores e acionistas para se reerguer**. G1. 20 jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/ha-um-ano-em-recuperacao-judicial-oi-enfrenta-impasse-entre-credores-e-acionistas-para-se-reerguer.ghtml>>. Acesso em: 13 out. 2017.

AMADEO, Kimberly. **What Does Too Big to Fail Mean?** 13 set. 2017. *The Balance*. Disponível em: <<https://www.thebalance.com/too-big-to-fail-3305617>>. Acesso em 09 out 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **ANS detalha critérios de seleção de operadoras da Intervenção Fiscalizatória**. 01 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3642-ans-detalha-criterios-de-selecao-de-operadoras-da-intervencao-fiscalizatoria>>. Acesso em: 14 set. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **PROER - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/proer.asp>>. Acesso em: 04 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2ª ed. 1985.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Art. 8º e 10, IX e X. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. **Lei nº 6.024 de 13 de março de 1974.** Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

_____. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Art. 154. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. **Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. **Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997.** Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; sobre a indisponibilidade de seus bens; sobre a responsabilização das empresas de auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes; sobre privatização de instituições cujas ações sejam desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9447.htm>. Acesso em 07 out. 2017.

_____. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em 05 out. 2017.

_____. **Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 08 out. 2017.

_____. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.** Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm>. Acesso em: 8 out. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l111101.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. **Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012. Exposição de motivos.** Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/577.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. **Lei Nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012.** Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nos 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. **Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46**, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, DF, julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28O+SERVI%C7O+POSTAL+%2D+CONJUNTO+DE+ATIVIDADES+QUE+TORNA+POSS%C3%92VEL+O+ENVIO+DE+CORRESPOND%C4%82NCIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybcgamhn>>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL ECONÔMICO. **Em recuperação judicial, Oi chega a acordo com quase metade de seus credores.** 20 out. 2017. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2017-10-20/oi-recuperacao-judicial.html>>. Acesso em: 31 out. 2017.

CANO, Wilson. **A desindustrialização no Brasil.** Textos para discussão IE/UNICAMP, n. 200, jan./2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa, o direito administrativo passa também. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares.** Studia Iuridica, 61, “Ad Honorem” 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. O Estado Garantidor Claros - Escuros de um Conceito. in: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord). **O direito e o futuro: o futuro do direito.** Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO NETO, F. C.; PASSARELLI, R. P. **A função social da empresa.** Prisma Jurídico, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 175-199, jul./dez. 2016.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2009.

CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Breves anotações sobre a função social da empresa. **Latin American and Caribbean Law and Economics Associations (ALACDE) Annual Papers**. 29 mai. 2007. Disponível em <<https://escholarship.org/uc/item/7cv0612m>>. Acesso em: 11 out. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da propriedade dos bens de produção**. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva: 1995.

_____. **O indispensável direito econômico**. Revista dos Tribunais, nº 353, São Paulo: RT, março de 1965.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUÉLLAR, Leila. *Agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DRUCKER, Peter Ferdinand. **A sociedade**. São Paulo: Nobel, 2001.

ENERGISA. **Aneel aprova venda do Grupo Rede para a Energisa**. Rio de Janeiro, 28 jan. 2013. Disponível em: <https://www.energisa.com.br/Documents/pdfs/Release_2801_Aneel%20autoriza%20compra%20Rede.pdf>. Acesso em: 08 out. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**. Sec. 803. Definitions – 9. Disponível em <<https://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

EUR-LEX. **Serviços de interesse económico geral**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/services_general_economic_interest.html?locale=pt>. Acesso em 02 out. 2017.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa na Constituição Federal**. Revista de Direito Administrativo nº 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun, 2000.

GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOY, Leonardo. **Aneel aprova intervenção em 8 empresas do Grupo Rede Energia**. Redação Reuters. 31 ago. 2012. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRSPE87U06420120831>>. Acesso em: 06 out. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRUPO ENERGISA. **Energisa assume o Grupo Rede**. 11 abr. 2014. Disponível em: <<http://holding.grupoenergisa.com.br/Paginas/noticia.aspx?id=32>>. Acesso em: 08 out. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Conheça o papel das agências reguladoras**. Disponível em: <<https://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/conheca-o-papel-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 09 out. 2017.

LAMY FILHO, Alfredo. **A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 190, out./dez. 1992.

MACHADO, Juliana. **Justiça decreta fim da recuperação judicial da Rede Energia**. Valor Econômico. 02 set. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4697125/justica-decreta-fim-da-recuperacao-judicial-da-rede-energia>>. Acesso em: 08 out. 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSATIS, Guilherme Jardim (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **Pensando o controle da atividade de regulação estatal**. In: GUERRA, Sérgio. (Coord.) Temas de direito regulatório. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MENDES, Frederico Ribeiro de Freitas. A concretização da Função Social da Empresa pela sua atividade-fim. In: **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre: Magister, 2012 (out/nov), nº 47.

MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. In: _____ (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e sanções administrativas** (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). In: GUERRA, Sérgio. (Coord.) Temas de direito regulatório. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. **Os 29 anos da Constituição que não é a de 1988**. Gazeta do Povo. Curitiba. 10 out. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bock...constituicao-que-nao-e-a-de-1988-dg3pxpk2482z6dferlmluhlrt>>. Acesso em: 18 out. 2017.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica**. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

_____. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da união europeia. In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Vol. 01. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL OI. Disponível em: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

RITTNER, Daniel; BITENCOURT, Rafael. **Pacote de privatização cresce e inclui até Casa da Moeda**. Valor Econômico. São Paulo. 24/08/2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5092658/pacote-de-privatizacao-cresce-e-inclui-ate-casa-da-moeda>>. Acesso em: 03 out. 2017.

ROCHA, Regina Bernardes. **Órgãos reguladores no Brasil**. In: DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. (Coord.). Direito regulatório: temas polêmicos. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES, Eduardo. **Aneel quer urgência no caso de recuperação do Grupo Rede**. Exame. 7 mai. 2013. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/aneel-quer-urgencia-no-caso-de-recuperacao-do-grupo-rede-2/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

ROSA, Bruno. **Anatel já elabora plano B para Oi que prevê intervenção na tele**. Jornal O Globo. Rio de Janeiro. 11 out. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/anatel-ja-elabora-plano-para-oi-que-preve-intervencao-na-tele-20269665>>. Acesso em: 31 out. 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2008.

SANTANA, Ivone. **Com impasse para recuperação da Oi, governo planeja intervir na tele**. Valor Econômico. 07 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4766979/com-impasse-para-recuperacao-da-oi-governo-planeja-intervir-na-tele>>. Acesso em: 06 out. 2017.

SANTOS, Roseli Rêgo. Considerações sobre a função social da empresa no regime brasileiro de insolvência empresarial. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**; n. 110 (2009): Agosto. p. 3. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/754>>. Acesso em: 12 out. 2017.

SANTOS DE SOUSA CARMO, Patrícia. **Função social da empresa**: instrumento de efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas e do valor social do trabalho. Revista de Direito, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 171-192, maio 2014. ISSN 2527-0389. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/61>>. Acesso em: 12 out. 2017.

SEN, Amarthya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVEIRA, Daniel. **A cada dia que passa aumenta a probabilidade de intervenção da Anatel na empresa, diz presidente da Oi**. G1 Rio. 20 jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/a-cada-dia-que-passa-aumenta-a>>

probabilidade-de-intervencao-da-anatel-na-empresa-diz-presidente-da-oi.shtml >. Acesso em 20 jun. 2017.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. **Entidades submetidas a regime especial**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menuatendimento/regimes_especiais#falencia>. Acesso em: 14 out. 2017.

TÁCITO, Caio. **O retorno do pêndulo**: serviço público e empresa privada – o exemplo brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez. 1995.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011.

_____. Facções privadas e política econômica não democrática da ditadura brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1047-1066, maio/ago.2015.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 2003, volume 810, ano 98.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado que institui a Comunidade Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1507079249263&uri=CELEX:12006E/TXT>>. Acesso em 03 out. 2017.

VALENTE, Adriano Chaves. Estado e Direito: Anotações sobre Liberdade e Tutela. In: **O Novo Direito Administrativo Brasileiro**: O Estado, As Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2003.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito económico**: a ordem económica portuguesa. 4ª ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

VIRI, Natalia. **Grupo Rede Energia entra com pedido de recuperação judicial**. Valor Econômico. 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/2915830/grupo-rede-energia-entra-com-pedido-de-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 07 out. 2017.

WIZIACK, Julio; CRUZ, Valdo. **Governo prepara medida que abre caminho para intervenção na Oi**. Folha de S. Paulo. 07 nov. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/11/1829906governopreparamedidaqueabrecaminhoparaaintervencaoi.shtml>>. Acesso em: 08 out. 2017.

ZAMBONI, Silvia. **Anatel diz que Oi deve mais de R\$ 20 bilhões para agência reguladora**. Folha de S. Paulo. 14 out. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1822729anatedizqueoidevemaisder20bilhoesparaagenciareguladora.shtml>>. Acesso em: 14 out. 2017.